

ZUR  
VORERBSCHAFT  
AN  
GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN

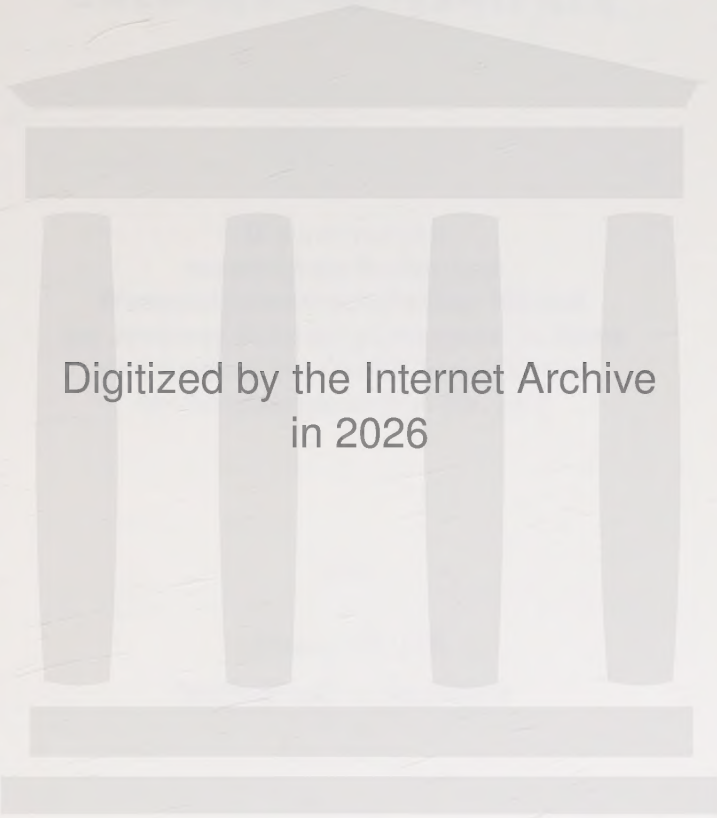
Dissertation  
vorgelegt der Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz  
zur Erlangung des Grades eines Doktors  
der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

LOTHAR FELLER  
Rechtsanwalt in Mannheim

Mainz 1974





Digitized by the Internet Archive  
in 2026

[https://archive.org/details/IA41554426\\_0025](https://archive.org/details/IA41554426_0025)



ZUR  
VORERBSCHAFT  
AN  
GMBH-GESCHÄFTSANTEILEN

Dissertation  
vorgelegt der Rechts- und  
Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät  
der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz  
zur Erlangung des Grades eines Doktors  
der Rechtswissenschaft (Dr. jur.)

von

LOTHAR FELLER  
Rechtsanwalt in Mannheim

Mainz 1974



Berichterstatter: Professor Dr. W. Hadding  
Mitberichterstatter: Professor Dr. A. Kraft  
Tag der mündlichen Prüfung: 6. Februar 1974

# I n h a l t s ü b e r s i c h t

|                                                                      | Seite |
|----------------------------------------------------------------------|-------|
| Einleitung                                                           | 1     |
| A Rechtsinstitut der Vor- und Nach-<br>erbschaft                     | 4     |
| I. Rechtsstellung des Vorerben                                       | 5     |
| 1. Surrogation und Verfügungs-<br>beschränkungen                     | 6     |
| 2. Treuhänderstellung des Vor-<br>erben                              | 7     |
| II. Rechtsstellung des Nacherben                                     | 8     |
| 1. Rechte und Sicherungsmittel<br>während der Vorerbschaft           | 8     |
| 2. Eintritt des Nacherbfalles                                        | 9     |
| III. Der befreite Vorerbe                                            | 10    |
| IV. Zur Vorerbschaft an Unternehmen<br>und Unternehmensbeteiligungen | 11    |
| B Rechtsnachfolge des Vorerben in den<br>Geschäftsanteil einer GmbH  | 13    |
| I. Vererblichkeit der Beteiligung<br>an einer GmbH                   | 13    |
| 1. Der Geschäftsanteil                                               | 14    |
| 2. Übergang der mitgliedschaft-<br>lichen Rechte auf den Erben       | 18    |

## II

|                                                                                                     | Seite |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| II. Inhalt und Umfang der übergehen-<br>den Rechte und Pflichten                                    | 23    |
| 1. Vorzugsrechte                                                                                    | 24    |
| 2. Neben- und Sonderleistungs-<br>pflichten                                                         | 27    |
| C Haftung des Vorerben für die mitglied-<br>schaftlichen Verpflichtungen aus dem<br>Geschäftsanteil | 29    |
| I. Inhalt der Verpflichtungen                                                                       | 29    |
| II. Erbenhaftung nach dem BGB                                                                       | 32    |
| III. Haftung des Gesellschaftervorerben                                                             | 40    |
| 1. Haftung für die ererbten Ver-<br>pflichtungen                                                    | 40    |
| 2. Haftung für die während der Dauer<br>der Vorerbschaft neu entstehenden<br>Verpflichtungen        | 56    |
| D Vermögensrechtliche Rechtsstellung des<br>Vorerben in der Gesellschaft                            | 69    |
| I. Nutzungsrecht des Vorerben und Grund-<br>satz der dinglichen Surrogation                         | 69    |
| 1. Abgrenzung von Nutzung und<br>Surrogat nach dem BGB                                              | 70    |
| 2. Nutzungen des Geschäftsanteils                                                                   | 72    |
| 3. Surrogate des Geschäftsanteils                                                                   | 84    |
| 4. Erhöhung des Stammkapitals                                                                       | 87    |
| a) Kapitalerhöhung aus Gesell-<br>schaftsmitteln                                                    | 88    |

### III

|                                                                                           | Seite |
|-------------------------------------------------------------------------------------------|-------|
| b) Kapitalerhöhung durch Zuführung von Fremdmitteln                                       | 100   |
| aa) Übernahme einer Stammeinlage durch den Vorerben ohne mitgliedschaftliches Bezugsrecht | 102   |
| bb) Verwertung eines mitgliedschaftlichen Bezugsrechts                                    | 105   |
| cc) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen oder Sachübernahme                                 | 149   |
| II. Surrogation bei der Verschmelzung und Umwandlung der GmbH                             | 158   |
| 1. Verschmelzung                                                                          | 158   |
| 2. Umwandlung der GmbH                                                                    | 160   |
| a) sog. formwechselnde Umwandlung                                                         | 160   |
| b) sog. verschmelzende Umwandlung                                                         | 164   |
| c) sog. errichtende Umwandlung                                                            | 166   |
| E Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Gesellschaftervorerben                             | 184   |
| I. Grundsatz der freien Verfügungsbefugnis                                                | 184   |
| II. Unentgeltliche Verfügungen                                                            | 185   |
| 1. Ausübung von Mitverwaltungsrechten                                                     | 186   |
| 2. Stimmabgabe und Zustimmung als unentgeltliche Verfügungsgeschäfte                      | 188   |

## IV

|                                                                 | Seite |
|-----------------------------------------------------------------|-------|
| a) Begriff der Verfügung                                        | 189   |
| aa) Stimmrechtsausübung                                         | 193   |
| bb) Zustimmung                                                  | 205   |
| b) Einzeltatbestände unentgeltlicher Verfügungen                | 208   |
| aa) Aufgabe von Sonder- und Vorrechten                          | 208   |
| bb) Aufgabe bzw. Beschränkung allgemeiner Mitgliedschaftsrechte | 212   |
| cc) Amortisation                                                | 213   |
| dd) Kapitalerhöhung                                             | 221   |
| 3. Rechtsfolgen                                                 | 226   |
| a) § 2113 Abs. 2 BGB                                            | 227   |
| b) Stimmabgabe                                                  | 230   |
| c) Zustimmung                                                   | 240   |

## Schrifttumsverzeichnis:

- |                 |                                                                                                          |
|-----------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Ballerstedt     | Kapital, Gewinn und Ausschüttung bei Kapitalgesellschaften. Tübingen 1949.                               |
| Ballerstedt     | Bedarf ein Beschluß der Gesellschafter einer GmbH der Verkündung durch den Vorsitz? GmbHR 1955, 160.     |
| Baltzer         | Der Beschluß als rechtstechnisches Mittel organschaftlicher Funktion im Privatrecht. Köln-Berlin 1965.   |
| Baltzer         | Zur Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen bei Antragsablehnung. GmbHR 1972, 57.                       |
| Barella         | Erbfolge bei GmbH-Gesellschaftern. GmbHR 1959, 45.                                                       |
| Bartholomeyczik | Die Stimmabgabe im System unserer Rechtshandlungen. Diss. Breslau 1937.                                  |
| Bartholomeyczik | Der Körperschaftsbeschluß als Rechtsgeschäft. ZHR 105, 293.                                              |
| Bartholomeyczik | Die Anfechtung der Stimmabgabe zum Körperschaftsbeschluß. AcP 144, 287.                                  |
| Baumbach-Hueck  | GmbH-Gesetz. 13. Aufl., München 1970.                                                                    |
| Baumbach-Hueck  | Aktiengesetz. 13. Aufl., München 1968.                                                                   |
| Baur            | "Nutzungen" eines Unternehmens bei Anordnung von Vorerbschaft und Testamentsvollstreckung. JZ 1958, 465. |
| Baur            | Der Testamentsvollstrecker als Unternehmer. In Festschrift für Dölle, Bd. I, 1963, 249.                  |
| Baur-Grunsky    | Eine "Einmann-OHG". Zugleich ein Beitrag zur Vor- und Nacherbschaft an einem OHG-Anteil. ZHR 133, 208.   |
| Becker          | Gesetzlicher Nießbrauch am Geschäftsanteil. GmbHR 1928, 467.                                             |

- Becker Die Umwandlung nach dem Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften. GmbHR 1934, 770.
- Bergmann Das Gesetz über die Umwandlung von Kapitalgesellschaften. DJZ 1934, 1131.
- Bernicken Das Bezugsrecht des Aktionärs. Berlin 1928.
- Beyer Die Surrogation bei Vermögen im Bürgerlichen Gesetzbuche. Marburg 1905.
- BGB-RGRK Das Bürgerliche Gesetzbuch. Kommentar, herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, bearbeitet u. a. von Johannsen, Kregel, Krüger-Nieland, Scheffler. 11. Aufl., Berlin 1959 ff.
- Boesebeck Aktienbezugsrecht und Nießbrauch. ZBlHR 1929, 12.
- Böhmer Erbsfolge und Erbenhaftung. Halle 1927.
- Böhmer Übergang des Pflichtlebens des Erblassers. RG-Praxis im deutschen Rechtsleben, Bd. III, Berlin/Leipzig 1929, 216.
- Bökelmann Nutzungen und Gewinn beim Unternehmensnießbrauch. Tübingen 1971.
- Börner Das System der Erbenhaftung. JuS 1968, 53, 108.
- Böttcher-Beinert Möglichkeiten zur Aufrechterhaltung des Familiencharakters einer Aktiengesellschaft. DB 1971, 1998.
- Böttcher-Meilicke Umwandlung und Verschmelzung von Kapitalgesellschaften. 5. Aufl., Berlin/Frankfurt 1958.
- Brodmann Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl., Berlin/Leipzig 1930.
- Brodmann Aktienbezugsrecht und Gratisaktie. ZBlHR 1927, 1, 53.
- Bruneß Unentgeltliche Verfügungen des Vorerben und des Testamentsvollstreckers. Diss. Freiburg 1935.

- Buchwald Das Verhältnis von Erbrecht und Gesellschaftsvertrag. JR 1955, 173.
- Däubler Die Vererbung des Geschäftsanteils bei der GmbH. Köln 1965.
- Däubler Der Scheinerbe im Recht der GmbH. GmbHR 1963, 181.
- Däubler Fehlerhafte Gesellschafterbeschlüsse bei der GmbH im Lichte des neuen Aktienrechts. GmbHR 1968, 4.
- Dilthey Unentgeltliche Einziehung von GmbH-Anteilen. Diss. Bonn 1938.
- Donner Mehrheit von Erben eines Kommanditisten im Falle des § 177 HGB. DR 1943, 1205.
- Düringer-Lehmann Das Handelsgesetzbuch vom 10. Mai 1897. Bd. III, 5. Lieferung, §§ 250 - 259, 3. Aufl. Mannheim/Berlin/Leipzig 1933.
- Eder Die Zwischendividende bei der GmbH. GmbHR 1969, 285.
- Emmerich Die Testamentsvollstreckung an Gesellschaftsanteilen. ZHR 132, 297.
- Enneccerus-Nipperdey Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. 15. Aufl. Bd. 1, Tübingen 1959; Bd. 2, Tübingen 1960.
- Erman Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, herausgegeben von Walter Erman und H. P. Westermann, bearbeitet u.a. von Bartholomeyczik, Hense, H. Westermann. 5. Aufl. Münster/Westf. 1972.
- v. Falkenhausen Verfassungsrechtliche Grenzen der Mehrheitsherrschaft nach dem Recht der Kapitalgesellschaften (AG und GmbH). Karlsruhe 1967.
- Feine Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. In: Ehrenburgs Handbuch, Bd. 3, 3. Abt., Leipzig 1929.

# VIII

- Feist Das Prinzip der dinglichen Surrogation im Familien- und Erbrechte des Bürgerlichen Gesetzbuches für das deutsche Reich. Diss. Halle a.S. 1903.
- Fischer Das Recht der OHG als ergänzende Rechtsquelle zum GmbH-Gesetz. GmbHR 1953, 131.
- Fischer Die Pfändung und Verwertung eines GmbH-Geschäftsanteils. GmbHR 1961, 21.
- Flume Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Bd. 2, Das Rechtsgeschäft. Berlin - Heidelberg - New York 1965.
- Flume Die Kapitalerhöhung unter Verwendung der Dividende nach Handelsrecht und Kapitalverkehrssteuerrecht. DB 1964, 21.
- Förtsch Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 2. Aufl. Leipzig 1899.
- Geßler Zweifelsfragen aus dem Recht der Kapitalerhöhung. DNotZ 1960, 619.
- v. Godin-Wilhelmi Aktiengesetz vom 6. September 1965, Kommentar. 3. Aufl. Berlin 1967.
- Gonella Neubildung eines Anteils ohne Kapitalerhöhung an Stelle eines eingezogenen Geschäftsanteils. GmbHR 1962, 253.
- Großkommentar zum AktG Aktiengesetz Großkommentar. Begründet von Gadow u.a. Bearbeitet u.a. von Barz, Fischer, Meyer-Landrut, Schilling, Wiedemann. Bd. 1, 3. Aufl. Berlin/New York 1970/1; Bd. 3, 3. Aufl. Berlin/New York 1971/2; Bd. 1, 2. Aufl. Berlin 1961; Bd. 2, 2. Aufl. Berlin 1965.
- Grothus Das Vorkaufsrecht an GmbH-Anteilen. GmbHR 1959, 24.
- Guntz Das Subjekt des Bezugsrechts auf Aktien und des Anspruchs auf Gratisaktien. Die AG 1958, 177.

- Hachenburg Die Umwandlung von Kapitalgesellschaften und die Steuererleichterungen. In: Düringer-Hachenburg, Handelsgesetzbuch. Bd. III, 3. Teil; 2. Lieferung, Mannheim 1935.
- Hachenburg-Schilling/Schmidt Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Von Max Hachenburg. Bearbeitet u.a. von Schilling, Schmidt. Bd. 1, 6. Aufl. Berlin 1956; Bd. 2, 6. Aufl. Berlin 1959. Bd. 1, 5. Aufl. Berlin 1926.
- Haegele Vererbung von GmbH-Geschäftsanteilen. RPfl. 1969, 186.
- Hadding Die Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personalgesellschaften - ein subjektives Recht? In Festschrift für R. Reinhardt, 1972, 249.
- Hadding Zur Rechtsstellung des Vorerben von GmbH-Geschäftsanteilen. In Festschrift für Bartholomeyczik, 1973, 75.
- Heckelmann Abfindungsklauseln in Gesellschaftsverträgen. Eine Studie über die Grenzen der Gestaltungsfreiheit bei dem Ausscheiden aus der OHG. München 1973.
- Heinrichs Nochmals: Pflichtteilsanspruch und Buchwertabfindung. DB 1973, 1003.
- Heine Änderung des Nennbetrages von GmbH-Anteilen. DR 1944, 320.
- Hesselmann Nießbrauch an GmbH-Anteilen. GmbHR 1959, 21.
- HGB-RGRK Handelsgesetzbuch. Großkommentar, begründet von Staub, weitergeführt von Mitgliedern des Reichsgerichts. Bearbeitet u.a. von Fischer, Schilling. Bd. 2, 1. Lieferung, 3. Aufl. Berlin 1967; Bd. 2, 2. Lieferung, 3. Aufl. Berlin 1970.
- Himmelsbach Die Anwendbarkeit der rechtsgeschäftlichen Vorschriften auf die Stimmabgabe in den Personen- und Kapitalgesellschaften. Diss. Heidelberg 1972.

- Horowitz                      Das Recht der Generalversammlungen der Aktiengesellschaften und Kommanditgesellschaften auf Aktien. Berlin 1913.
- Huber                         Vermögensanteil, Kapitalanteil, Gesellschaftsanteil an Personalgesellschaften des Handelsrechts. Heidelberg 1970.
- A. Hueck                     Das Recht der offenen Handelsgesellschaft. 4. Aufl. Berlin 1971.
- A. Hueck  
Anfechtbarkeit                Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften. Mannheim/Berlin/Leipzig 1924.
- A. Hueck                     Die Bedeutung der Zwangseinziehung von Geschäftsanteilen für die Sicherung einer Finanzierungs-GmbH. DB 1957, 37.
- G. Hueck                     Der Grundsatz der gleichmäßigen Behandlung im Privatrecht. München 1958.
- Johannsen                    Die Rechtsprechung des BGH auf dem Gebiet des Erbrechts. WM 1969, 1222, 1314, 1402; 1970, 2, 110, 234, 573, 738.
- Kipp-Coing                   Erbrecht. Ein Lehrbuch von Theodor Kipp. 12. Bearbeitung von Helmut Coing. Tübingen 1965.
- Kohler                        Das Vermögen als Einheit. ArchBürgR Bd. 22, 1.
- Kölner Kommentar  
zum Aktiengesetz              Kölner Kommentar zum AktG. Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, bearbeitet u.a. von Kraft, Lutter, Zöllner. Bd. 1, 2, 3 Köln/Berlin/Bonn/München 1970/1/2.
- Kühne                        Aktienbezugsrecht bei dem Nießbrauch unterliegenden Aktien. Diss. Leipzig 1933.
- Krawielicki                   Unentgeltliche Verfügungen im Erbrecht. Gruch. 71, 113.
- Landmann                    Zur Regelung der Gesellschafternachsfolge in der Satzung einer GmbH. Diss. Bonn 1968.

- |            |                                                                                                                                                          |
|------------|----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Lange      | Lehrbuch des Erbrechts. München 1962.                                                                                                                    |
| Larenz     | Allgemeiner Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts. München 1967.                                                                                        |
| K. Lehmann | Beiträge zur Lehre von den Erwerbsgründen des Aktienrechts. ZHR 51, 373.                                                                                 |
| M. Lehmann | Die ergänzende Anwendung von Aktienrecht auf die Gesellschaft mit beschränkter Haftung. Köln 1970.                                                       |
| Liebisch   | Über die Rechtsstellung der Erben eines offenen Handelsgesellschafters. ZHR 116, 128.                                                                    |
| Limbach    | Theorie und Wirklichkeit der GmbH. Berlin 1966.                                                                                                          |
| Lutter     | Kapital, Sicherung von Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung in den Aktien- und GmbH-Rechten der EWG. Karlsruhe 1964.                                  |
| Lutter     | Gescheiterte Kapitalerhöhungen. In Festschrift für Schilling, 1973, 207.                                                                                 |
| Matsuda    | Kollektivismus und Individualismus im Aktienrecht (unter besonderer Berücksichtigung des Wesens der Aktie). ZHR 96, 239.                                 |
| Meilicke   | Zivil- und Steuerrecht des Nießbrauchs- und Nutzungsanspruchs an Grundstücken sowie Anteilen an Kapital- und Kommanditgesellschaften. StBJ 1972/73, 375. |
| Meilicke   | Fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse. In Festschrift für W. Schmidt, 1959, 71.                                                                            |
| Michaelis  | Zur Rechtsstellung des Gesellschafter-Erben. ZAkDR 1943, 233.                                                                                            |
| Molitor    | Vereinbarungen über die Erbenhaftung. JherJB 69, 283.                                                                                                    |
| Müller     | Die Vererbung des OHG-Anteils. In Festschrift für E. Wahl, 1973, 369.                                                                                    |
| Murray     | Der Nießbrauch am GmbH-Anteil. Diss. Köln 1965.                                                                                                          |

- Nitschke Die körperschaftlich strukturierte Personengesellschaft. Bielefeld 1970.
- Oertmann Entgeltliche Geschäfte. 1912.
- Ott Das Bezugsrecht der Aktionäre. Zürcher Diss. 1962.
- Palandt Bürgerliches Gesetzbuch. Bearbeitet von Danckelmann, Degenhart, Heinrichs, Keidel, Lauterbach, Putzo, Thomas. 32. Aufl. München 1973.
- Peters Die Ausübung des Stimmrechts bei nutznießungsbelasteten Aktien. Mainz 1952.
- Picot Vor- und Nacherbschaft an der Gesellschaftserstellung in einer Personenhandels-gesellschaft. Diss. Münster 1966.
- Planck Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz. Bearbeitet u.a. von Ebbecke, Flad. Bd. V (Erbrecht), 4. Aufl. Berlin 1930.
- Quassowski Die beiden neuen Gesetze auf dem Gebiete des Handels- und Wechselrechts. DNotZ 1934, 558.
- Rauch Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Teil I., 2. Aufl. Weimar 1945; Teil II./III., 2./3. Aufl. Graz 1950.
- G. u. D. Reinicke Zur Kollision von Gesellschaftsrecht und Erbrecht. NJW 1957, 561.
- Richardi Das Verwaltungsrecht des Testamentvollstreckers an der Mitgliedschaft in einer Personenhandels-gesellschaft. Berlin 1961.
- Ritter Aktiengesetz. Herausgegeben von Carl und Julius Ritter. 2. Aufl. Berlin/München 1939.
- Ruth Eigene Aktien und Verwaltungsaktien. 1928.
- Schefer In welcher Weise kann die Satzung einer GmbH den Erwerb von Geschäftsanteilen durch Erbgang ausschließen oder beschränken? Diss. Mainz 1960.

- Schilling Die Rechtsstellung der Aktionäre der übertragenden Gesellschaft in der Verschmelzung. Die AG 1958, 229.
- Schilling Gesellschaftstreue und Konzernrecht. In Freundesgabe für Hengeler, 1972, 226.
- Schlegelberger-Geßler Handelsgesetzbuch. Erläutert u.a. von Geßler. Bd. 2, 4. Aufl. Berlin/Frankfurt (Main) 1963.
- Schlicht Zugehörigkeit des Gesellschaftsanteils zum Nachlaß bei Fortsetzungsklausel (§ 139 HGB)? NJW 1954, 984.
- Schlodtman Nießbrauch und Nutznießung an Geschäftsanteilen einer GmbH. Diss. Rostock 1932.
- Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz. 4. Aufl. Köln-Marienburg 1960.
- Scholz Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen und Rechtssicherheit. GmbHR 1952, 161.
- Schönle Die Haftung des GmbH-Gesellschafters für mangelhafte Sacheinlagen. NJW 1965, 2133.
- Siebert Anm. zu RG JW 1934, 976. JW 1934, 1116.
- Skibbe Das Bezugsrecht bei Kapitalerhöhung der GmbH. GmbHR 1963, 46.
- Soergel Bürgerliches Gesetzbuch. Begründet von Hs. Th. Soergel, neu herausgegeben von W. Siebert. Bearbeitet u.a. von Baur, Ehard-Eder, Mühl, Schultze-von Lasaulx, Vogel. Bd. I - IV, 10. Aufl. Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967 - 1969; Bd. V (Erbrecht) 9. Aufl. Stuttgart 1961.
- Staub-Pinner Staub's Kommentar zum HGB. Bd. 2, §§ 178 - 342 HGB, 12./13. Aufl. Berlin 1926.
- Staudinger J. v. Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Erläutert u.a. von Böhrer, Coing, Felgentraeger, Lehmann, Seybold, Spreng, Weber. Bd. I - V., 11. Aufl. Berlin 1954 ff.

- Sudhoff                      Der Gesellschaftsvertrag der GmbH.  
2. Aufl. München 1969.
- Teichmann                    Der Nießbrauch an Gesellschaftsantei-  
len. ZGR 1972, 1.
- Teichmann-Köhler            Aktiengesetz. Kommentar von R. Teich-  
mann und W. Köhler. 3. Aufl. Heidel-  
berg 1950.
- W. Thiele                    Die Zustimmungen in der Lehre vom  
Rechtsgeschäft. Köln/Berlin/Bonn/Mün-  
chen 1966.
- Thiele                       Studien zum ehelichen Güterrecht des  
Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Surroga-  
tion nach §§ 1381, 1382. AcP 91, 1.
- Töteberg                    Die Erbfolge in Geschäftsanteil und  
Mitgliedschaft bei der Gesellschaft  
mit beschränkter Haftung. Diss. Göttin-  
gen 1955.
- Tüffers                      Der Nießbrauch an Gesellschaftsantei-  
len der Gesellschaft mit beschränkter  
Haftung. Diss. Köln 1930.
- v. Tuhr                      Der Allgemeine Teil des Deutschen Bür-  
gerlichen Rechts. München/Leipzig  
1910 - 1918.
- Ulmer                        Gesellschafternachsfolge und Erbrecht.  
ZGR 1972, 195, 324.
- Veith-Börnstein              Umwandlungsgesetz und Umwandlungs-  
steuergesetz. Kommentar. München/  
Berlin 1958.
- Vogel                        GmbH-Gesetz. Kommentar. 2. Aufl. Ber-  
lin/Frankfurt (Main) 1956.
- Vogel                        Die Befristung der Anfechtungsklage  
bei der GmbH. GmbHR 1953, 5.
- Weider                       Der Nießbrauch an Aktien. Leipzig 1925.
- Widmann-Mayer               Umwandlungsrecht. Bonn 1970.

- Wiedemann Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handelsgesellschaften. München/Berlin 1965.
- Wiedemann GmbH-Anteile in der Erbengemeinschaft. GmbHR 1969, 247.
- Wiedemann Anmerkung zu BGH JZ 1970, 290.
- Winkler Die Genehmigung des Vormundschaftsgerichts zu gesellschaftsrechtlichen Akten bei Beteiligung Minderjähriger. ZGR 1973, 177.
- Winnefeld Stimmrecht, Stimmabgabe und Beschluß, ihre Rechtsnatur und Behandlung. DB 1972, 1053.
- H. Wolf Fragen um die Rechtsnachfolge des verstorbenen "offenen" Gesellschafters. NJW 1954, 1549.
- Th. Wolff Die rechtliche Natur des Aktienbezugsrechts. LZ 1921, 697, 729.
- Würdinger Aktien- und Konzernrecht. 3. Aufl. Karlsruhe 1973.
- Würdinger II Gesellschaften, 2. Teil: Recht der Kapitalgesellschaften. Hamburg 1943.
- E. Zimmermann Die Verfügungsbeschränkungen des Vor-erben und des Testamentsvollstreckers in den §§ 2113 Abs. 2, 2205 Satz 3 BGB. Ein Beitrag zu einer Begriffsbestimmung im BGB. Diss. Freiburg 1954.
- Zintzen-Halft Kommentar zu den Gesetzen über die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Köln 1960.
- Zöllner Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden. München/Berlin 1963.

|            |                                                              |
|------------|--------------------------------------------------------------|
| A. A.      | anderer Ansicht                                              |
| aaO        | am angegebenen Ort                                           |
| Abs.       | Absatz                                                       |
| abw.       | abweichend                                                   |
| AcP        | Archiv für die zivilrechtliche Praxis<br>(Band und Seite)    |
| a. E.      | am Ende                                                      |
| a. F.      | alte Fassung                                                 |
| AG         | Aktiengesellschaft                                           |
| AG         | Amtsgericht (in Verbindung mit<br>Rechtsprechungsnachweisen) |
| AktG       | Aktiengesetz vom 6. 9. 1965<br>(BGBI. I, 1089)               |
| AktG 37    | Aktiengesetz vom 30. 1. 1937<br>(RGBI. I, 107)               |
| Altern.    | Alternative                                                  |
| a. M.      | anderer Meinung                                              |
| amtl.      | amtlich                                                      |
| Anh.       | Anhang                                                       |
| Anm.       | Anmerkung                                                    |
| Arch BürgR | Archiv für bürgerliches Recht<br>(Band und Seite)            |
| Aufl.      | Auflage                                                      |
| BayOLG     | Bayerisches Oberstes Landesgericht                           |
| BE         | Der Betriebsberater<br>(Jahr und Seite)                      |
| Bd.        | Band                                                         |
| Bem.       | Bemerkung                                                    |

|                    |                                                                      |
|--------------------|----------------------------------------------------------------------|
| BewG               | Bewertungsgesetz vom 16.10.1934<br>(RGBl. I, 1035)                   |
| BFH                | Bundesfinanzhof                                                      |
| BGB                | Bürgerliches Gesetzbuch vom 18.8.1896<br>(RGBl. 195)                 |
| BGH                | Bundesgerichtshof                                                    |
| BGHZ               | Bundesgerichtshof, Entscheidungen<br>in Zivilsachen (Band und Seite) |
| BStBl.             | Bundessteuerblatt<br>(Jahr und Seite)                                |
| DB                 | Der Betrieb<br>(Jahr und Seite)                                      |
| dgl.               | dergleichen                                                          |
| d.h.               | das heißt                                                            |
| Die AG             | Die Aktiengesellschaft<br>(Jahr und Seite)                           |
| DividendenabgabeVO | Dividendenabgabeverordnung vom<br>12. 6. 1941 (RGBl. I, 323)         |
| DJZ                | Deutsche Juristen Zeitung<br>(Jahr und Seite)                        |
| DNotZ              | Deutsche Notar-Zeitschrift<br>(Jahr und Seite)                       |
| DR                 | Deutsches Recht<br>(Jahr und Seite)                                  |
| DurchfVO           | Durchführungsverordnung                                              |
| E                  | Entwurf                                                              |
| Einl.              | Einleitung                                                           |
| ErbbauR            | Erbbaurecht                                                          |
| ErbStG             | Erbschaftsteuergesetz i.d.F. vom<br>1.4.1959 (BGBI. I, 187, 667)     |
| EStG               | Einkommensteuergesetz in seiner je-<br>weils geltenden Fassung       |

|           |                                                                                                                           |
|-----------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| Einf.     | Einführung                                                                                                                |
| f.        | für                                                                                                                       |
| Festschr. | Festschrift                                                                                                               |
| ff.       | folgende                                                                                                                  |
| FN        | Fußnote                                                                                                                   |
| GmbH      | Gesellschaft mit beschränkter Haftung                                                                                     |
| GmbHG     | Gesetz betr. die Gesellschaften mit beschränkter Haftung vom 20.4.1892 (RGBl. 477)                                        |
| GmbHR     | GmbH-Rundschau (Jahr und Seite)                                                                                           |
| Großkomm. | Großkommentar                                                                                                             |
| Gruch     | Beiträge zur Erläuterung des Deutschen Rechts, begründet von Gruchot (Band und Seite)                                     |
| GesbR     | Gesellschaft bürgerlichen Rechts                                                                                          |
| Halbs.    | Halbsatz                                                                                                                  |
| HGB       | Handelsgesetzbuch vom 10. 5. 1897 (RGBl. 219)                                                                             |
| h. M.     | herrschende Meinung                                                                                                       |
| HRR       | Höchstrichterliche Rechtsprechung (Jahr und Nr.)                                                                          |
| i.d.F.    | in der Fassung                                                                                                            |
| i. d. R.  | in der Regel                                                                                                              |
| i. S.     | im Sinne                                                                                                                  |
| JherJB    | Iherings Jahrbücher der Dogmatik des bürgerlichen Rechts (Band und Seite)                                                 |
| JFG       | Jahrbuch für Entscheidungen in Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit und des Grundbuchsrechts (Band und Seite) |

|         |                                                                                                                                                         |
|---------|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| JR      | Juristische Rundschau<br>(Jahr und Seite)                                                                                                               |
| JuS     | Juristische Schulung<br>(Jahr und Seite)                                                                                                                |
| JW      | Juristische Wochenschrift<br>(Jahr und Seite)                                                                                                           |
| JZ      | Juristen-Zeitung<br>(Jahr und Seite)                                                                                                                    |
| KapErhG | Gesetz über die Kapitalerhöhung aus<br>Gesellschaftsmitteln vom 23.12.1959<br>(BGBI. I, 789)                                                            |
| KG      | Kommanditgesellschaft                                                                                                                                   |
| KG      | Kammergericht (in Verbindung mit<br>Rechtsprechungsnachweisen)                                                                                          |
| KGaA    | Kommanditgesellschaft auf Aktien                                                                                                                        |
| KGJ     | Jahrbuch für Entscheidungen des<br>Kammergerichts<br>(Band und Seite), Abteilung A                                                                      |
| Komm.   | Kommentar                                                                                                                                               |
| KO      | Konkursordnung vom 10.2.1877<br>(RGBI. 351)                                                                                                             |
| LG      | Landgericht                                                                                                                                             |
| LM      | Das Nachschlagewerk des Bundesgerichts-<br>hofs in Zivilsachen, herausgegeben von<br>Lindenmaier und Möhring (Gesetzestelle<br>und Entscheidungsnummer) |
| LZ      | Leipziger Zeitschrift für Deutsches<br>Recht (Jahr und Seite)                                                                                           |
| Mot     | Motive zum BGB                                                                                                                                          |
| MDR     | Monatsschrift für Deutsches Recht                                                                                                                       |
| NJW     | Neue Juristische Wochenschrift<br>(Jahr und Seite)                                                                                                      |
| Nr.     | Nummer                                                                                                                                                  |

|            |                                                                                                                                      |
|------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| OGHZ       | Oberster Gerichtshof für die britische Zone, Entscheidungssammlung (Band und Seite)                                                  |
| OGH        | offene Handelsgesellschaft                                                                                                           |
| OLG        | Oberlandesgericht (mit Ortsnamen)                                                                                                    |
| OLGE       | Sammlung der Rechtsprechung der Oberlandesgerichte (Band und Seite)                                                                  |
| OLGZ       | Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (Jahrgang und Seite)                                                            |
| Prot.      | Protokolle der Kommission für die II. Lesung des Entwurfs des BGB                                                                    |
| RefE GmbHG | Referentenentwurf eines Gesetzes über Gesellschaften mit beschränkter Haftung. Herausgegeben vom Bundesministerium der Justiz, 1969. |
| RFH        | Reichsfinanzhof, zugleich amtliche Sammlung der Entscheidungen (Band und Seite)                                                      |
| RGBl.      | Reichsgesetzblatt                                                                                                                    |
| RG         | Reichsgericht                                                                                                                        |
| RGZ        | Reichsgericht, Entscheidungen in Zivilsachen (Band und Seite)                                                                        |
| RL         | Richtlinie                                                                                                                           |
| RPfl.      | Der Deutsche Rechtspfleger (Jahr und Seite)                                                                                          |
| RZ         | Randziffer                                                                                                                           |
| S.         | Seite, Satz                                                                                                                          |
| Seuff A    | Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten (Band und Nr.)                                    |
| sog.       | sogenannt                                                                                                                            |
| StBJ       | Steuerberaterjahrbuch                                                                                                                |

|           |                                                                                                                                                      |
|-----------|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|
| TV        | Testamentsvollstrecker                                                                                                                               |
| u.        | und                                                                                                                                                  |
| Üb(erbl.) | Überblick                                                                                                                                            |
| u. a.     | unter anderem                                                                                                                                        |
| u. ä.     | und ähnliche                                                                                                                                         |
| UmwG      | Umwandlungsgesetz i.d.F. vom 6.11.1969<br>(BGBl. I, 2081)                                                                                            |
| u. U.     | unter Umständen                                                                                                                                      |
| v.        | von                                                                                                                                                  |
| vgl.      | vergleiche                                                                                                                                           |
| VO        | Verordnung                                                                                                                                           |
| Vorbem.   | Vorbemerkung                                                                                                                                         |
| WarnRspr  | Warneyer, Die Rechtsprechung des<br>Reichsgerichts<br>(Jahr und Nr.)                                                                                 |
| WM        | Wertpapier-Mitteilungen, Teil IV B<br>Wertpapier- und Bankfragen,<br>Rechtsprechung<br>(Jahr und Seite)                                              |
| ZAkDR     | Zeitschrift der Akademie für Deutsches<br>Recht (Jahr und Seite)                                                                                     |
| z. B.     | zum Beispiel                                                                                                                                         |
| ZBlHR     | Zentralblatt für Handelsrecht<br>(Jahr und Seite)                                                                                                    |
| ZGR       | Zeitschrift für Unternehmens- und Ge-<br>sellschaftsrecht (Jahr und Seite)                                                                           |
| ZHR       | Zeitschrift für das gesamte Handels-<br>recht und Konkursrecht, ab Bd. 124:<br>für das gesamte Handelsrecht und<br>Wirtschaftsrecht (Band und Seite) |
| Ziff.     | Ziffer                                                                                                                                               |
| ZPO       | Zivilprozeßordnung i.d.F. vom 12.9.1950<br>(BGBl. 535)                                                                                               |



## E i n l e i t u n g

"Der Erblasser kann einen Erben in der Weise einsetzen, daß dieser erst Erbe wird, nachdem zunächst ein anderer Erbe geworden ist (Nacherbe)" (§ 2100 BGB). Das Gesetz gibt damit dem Erblasser die Möglichkeit, sein Vermögen als Ganzes einer Mehrheit von Erben zuzuweisen, die ihm nacheinander in die Erbschaft folgen. Mit dem Eintritt des Erbfalles (Tod des Erblassers) geht die Erbschaft zunächst auf den Vorerben über, mit dem Eintritt des von dem Erblasser bestimmten Falles der Nacherbfolge hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein, und fällt die Erbschaft dem Nacherben an (§ 2139 BGB).

Durch die Schaffung des Instituts der Vor- und Nacherbschaft wollte der Gesetzgeber den nicht seltenen Fällen Rechnung tragen, in denen der Erblasser zwar die Erbschaft dem Vorerben zuwenden will, aber kein Interesse daran hat, daß sein Vermögen nach dem Tode des Vorerben auf dessen gesetzliche oder gewillkürte Erben übergeht <sup>1)</sup>. Lebt der Erblasser in kinderloser Ehe, so kann er sein Vermögen zunächst dem überlebenden Ehegatten zuweisen und dessen Unterhalt sicherstellen. Zu Nacherben kann der Erblasser seine Verwandten (z. B. seinen Bruder oder Neffen) bestimmen, sein Vermögen auf diese Weise seiner Familie erhalten und verhindern, daß es der Verwandtschaft des Ehegatten oder bei dessen Wiederverheiratung dem neuen Ehegatten anfällt. Praktische Bedeutung kommt der Vor- und Nacherbschaft vor allem in den Fällen zu, in denen der Erblasser seine gesetzlichen

---

1) Prot. V, 91 ff.

Erben, insbesondere seine Kinder (aus erster Ehe), zwar nicht ausschließen, die Vorteile der Erbschaft aber für eine bestimmte Zeit einem anderen, regelmäßig dem überlebenden Ehegatten (aus zweiter Ehe), zuwenden will, ohne diesen den Beschränkungen zu unterwerfen, die mit der Anordnung des Erbschaftsnießbrauches verbunden sind.

Für die Nachfolge in die Rechtsträgerschaft von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen bietet sich die Anordnung der Vor- und Nacherbschaft u. U. auch zu atypischen Gestaltungen an. Ist der vom Erblasser für die Übernahme des Unternehmens ausersehene Nachfolger noch zu jung und unerfahren, so kann es für den Erblasser im Einzelfall zweckmäßig sein, die Leitung des Unternehmens für die Übergangszeit einer Person seines Vertrauens zu übertragen. Dazu bietet sich zwar regelmäßig die Verwaltungstestamentsvollstreckung als geeignetes Institut an. Ihre Anwendung und Durchführung stößt indessen gerade im Bereich der Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen auf erhebliche rechtliche Schwierigkeiten <sup>1)</sup>. Diesen kann der Erblasser dadurch begegnen, daß er den "Verwalter" zum

---

1) Dies gilt vor allem für die Verwaltung von Einzelhandelsgeschäften und Beteiligungen an Personalhandelsgesellschaften, die nach der h. M. in der Rechtsprechung und Rechtslehre nicht ohne weiteres der Befugnis des Testamentsvollstreckers als solchem unterliegt. Vgl. Johannsen WM 1969, 1406; WM 1970, 570; Palandt-Keidel, § 2205 BGB Bem. 1 b mit Nachweisen des umfangreichen Schrifttums.

Vorerben einsetzt mit der Auflage, die Nutzungen an den Nacherben herauszugeben <sup>1)</sup>, andererseits die Dauer der Erbschaft befristet, bis der noch minderjährige Nachkomme ein bestimmtes Alter erreicht und genügend Erfahrungen gesammelt hat, um die Nachfolge antreten zu können.

---

1) RG WarnR 1912 Nr. 174; BGH LM § 2100 BGB Nr. 2; Baur JZ 1958, 467; Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 3. Den zivilrechtlichen Vorteilen, die sich mit der Anordnung der Vorerbschaft bei der Verwaltung von Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen verbinden, stehen allerdings ganz erhebliche wirtschaftliche Nachteile, insbesondere die doppelte Erbschaftbesteuerung, gegenüber (§ 7 Abs. 1 ErbStG), die allerdings in den hier interessierenden Fällen einer befristeten Vorerbschaft durch die Anrechnung der Erbschaftsteuer des Vorerben etwas gemildert wird (§ 7 Abs. 2, 3 ErbStG).

## A Rechtsinstitut der Vor- und Nacherbschaft

Während in einer Miterbengemeinschaft mehrere Erben nebeneinanderstehen und sich in die Erbschaft teilen, folgen Vor- und Nacherbe nacheinander in die Erbschaft. Beide sind Erben hinter dem Erblasser, nicht etwa beerbt der Nacherbe den Vorerben. Tritt der Nacherbfall mit dem Tode des Vorerben ein, so vererbt sich das Eigenvermögen des Vorerben auf dessen Erben.

Eine mehrfache, aufeinanderfolgende Beerbung des Erblassers ist allerdings nur sinnvoll, wenn dem zuletzt Bedachten der Stammwert der Erbschaft im wesentlichen erhalten bleibt. Der gesetzlichen Ausgestaltung von Vor- und Nacherbschaft liegt deswegen auch der Gedanke zugrunde, daß der Vorerbe zwar für die Dauer seiner Berechtigung wahrer Erbe und Herr der Erbschaft ist, die Nutzungen ziehen und verbrauchen darf, dem Nacherben jedoch mit dem Eintritt des Nacherbfalles die Substanz der Erbschaft herauszugeben hat.

Damit mußte das Gesetz widerstreitende Belange der nacheinander berufenen Erben ausgleichen. Denn dem Interesse des Vorerben, über die Erbschaft frei schalten und walten zu können, steht das Interesse des Nacherben gegenüber, die Erbschaft möglichst unverkürzt anzutreten. Andererseits mußte aber auch dafür Sorge getragen werden, daß unter der Beschränkung des Vorerben durch die Anordnung der Nacherbfolge die Sicherheit im Rechtsverkehr und die ordnungsmäßige Verwaltung der Erbschaft nicht allzusehr leiden.

Die Rechte von Vor- und Nacherben hat das Gesetz wie folgt gegeneinander abgegrenzt:

## I. Rechtsstellung des Vorerben

Die Erbenstellung des Vorerben ist nach der Bestimmung des Erblassers befristet oder auflösend bedingt, ihr droht der künftige Wegfall. Zwar ist es möglich, daß der Nacherbfall nicht eintritt, so daß der Vorerbe Vollerbe wird. In aller Regel ist der Vorerbe aber nur Erbe "auf Zeit".

Aus der Beschränkung seines Rechts durch Befristung oder auflösende Bedingung würde an sich nach den allgemeinen Regeln (§§ 158 Abs. 2, 163 BGB) folgen, daß Verfügungen des Vorerben über Erbschaftsgegenstände mit dem Eintritt des Nacherbfalles insoweit unwirksam werden, als das in § 161 Abs. 2, 3 BGB festgelegt ist. Diese Rechtsfolge würde den Schutz des Nacherben sicherlich am besten gewährleisten, jedoch die Rechte des Vorerben in erheblichem Umfange einschränken und auch nicht den Bedürfnissen des Rechtsverkehrs angemessen Rechnung tragen. Da der Vorerbe wahrer Erbe und Herr der Erbschaft sein soll, räumt ihm das Gesetz daher grundsätzlich die freie Verfügungsmacht über alle Erbschaftsgegenstände ein, und zwar mit Wirkung gegenüber dem Nacherben (§ 2112 BGB).

Um dem Nacherben gleichwohl die Substanz der Erbschaft im wesentlichen zu erhalten, sieht das Gesetz eine "Sicherung in zwei Rechtsebenen vor, einmal im Innenverhältnis, zwischen dem Vorerben und dem Nacherben mit schuldrechtlichen Mitteln und weiter in der herrschafts- und verfügungsrechtlichen Ebene durch Verfügungsbeschränkungen des Vorerben" <sup>1)</sup>.

---

1) Lange, 233 ff.

## 1. Surrogation und Verfügungsbeschränkungen

Die "Erbschaft" bildet in der Hand des Vorerben ein von seinem Eigenvermögen abgehobenes und durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation geschütztes Sondervermögen (§ 2111 BGB). Von dem Grundsatz der dinglichen Surrogation nimmt das Gesetz lediglich die Nutzungen aus; diese fallen in das Eigenvermögen des Vorerben.

Im Interesse des Nacherben ist der Vorerbe in seiner freien Verfügungsmacht über Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte - in der Regel die Hauptsubstanz der Erbschaft - nach Analogie eines auflösend bedingt Berechtigten eingeschränkt (§§ 2113 Abs. 1, Abs. 3, 2114 BGB). Das gleiche gilt von unentgeltlichen Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, die die Substanz mindern, ohne daß nach Surrogationsgrundsätzen ein Gegenwert in die Erbschaft fließt (§ 2113 Abs. 2, Abs. 3 BGB), sowie von Verfügungen über Erbschaftsgegenstände, die durch Eigengläubiger des Vorerben im Wege der Zwangsvollstreckung oder Arrestvollziehung ausgebracht werden oder durch den Konkursverwalter erfolgen; sie sind im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben beeinträchtigen oder vereiteln würden (§ 2115 BGB). Weitere Verfügungsbeschränkungen kann der Nacherbe bei bestimmten Nachlaßwerten, nämlich Inhaber- und Orderpapieren, Buchforderungen gegen den Bund oder ein Bundesland, herbeiführen, nämlich: Hinterlegung und Sperre (§§ 2116 - 2118 BGB).

Von diesen Beschränkungen abgesehen, die je nach der Zusammensetzung der Erbschaft häufig nicht praktisch werden, ist der Vorerbe in seiner Dispositionsbefugnis als wahrer Erbe und Rechtsträger des Sondervermö-

gens "Erbschaft", nicht zuletzt auch im Verkehrsinteresse, grundsätzlich frei.

## 2. Treuhänderstellung des Vorerben

Im Innenverhältnis gegenüber dem Nacherben unterliegt der Vorerbe allerdings engeren Bindungen. Er muß die Erbschaft mit dem Eintritt des Nacherbfalles in dem Zustand herausgeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt (§ 2130 BGB), hat allerdings nur für die Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten einzustehen (§ 2131 BGB). Formal zwar Rechtsinhaber der Erbschaft ist er nach dem Gesetz doch verpflichtet, das Sondervermögen "Erbschaft" wegen der zeitlichen Begrenzung seines Rechts mit Rücksicht auf die Interessen des Nacherben zu verwalten. Seine Rechtsstellung erhält dadurch ein treuhänderisches Moment: "Wenngleich voller und wahrer Erbe auf Zeit, ist der Vorerbe doch im Hinblick auf den Nacherben ein Treuhänder" <sup>1)</sup>.

Richtlinien darüber, was im Einzelfall ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, hat das Gesetz nur in einzelnen Bestimmungen aufgestellt (vgl. §§ 2119, 2120, 2123 BGB); das ist im übrigen Tatfrage.

Die gewöhnlichen Erhaltungs- und Verwaltungskosten sowie die ordentlichen Lasten hat der Vorerbe zu tragen, denn sie sind aus den jährlichen Nutzungen zu decken. Andere Aufwendungen, die der Vorerbe zum Zwecke der Erhaltung von Erbschaftsgegenständen den Umständen nach für erforderlich halten durfte, sowie außerordentliche Lasten, die als auf den Stamm-

---

1) RGZ 80, 30; Kipp-Coing, 220, 223.

wert der Erbschaftsgegenstände gelegt anzusehen sind, treffen letztlich den Nacherben. Die Erstattung sonstiger Verwendungen auf die Erbschaft kann der Vorerbe vom Nacherben nach den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag verlangen (vgl. §§ 2124 - 2126 BGB).

## II. Rechtsstellung des Nacherben

Während der Vorerbe nach der Bestimmung des Erblassers mit dem Erbfall befristet oder auflösend bedingt Erbe des Erblassers wird, ist die Erbenstellung des Nacherben von diesem Zeitpunkt an bis zum Eintritt des Nacherbfalles als Kehrseite der Berechtigung des Vorerben aufschiebend bedingt. Der Nacherbe erwirbt eine im Zweifel vererbliche Anwartschaft auf die Erbschaft als ganze (§ 2108 Abs. 2 BGB), nicht an den einzelnen Gegenständen.

### 1. Rechte und Sicherungsmittel während der Vorerbschaft

Bereits während der Dauer der Vorerbschaft gibt das Gesetz dem Nacherben Mittel zur Sicherung und Wahrnehmung seines Rechts an die Hand; denn der Nacherbe ist in der Regel erst auf den Tod des Vorerben berufen. Die Ansprüche des Nacherben gegen den Vorerben aus einer fehlerhaften Verwaltung wären in diesen Fällen rein theoretischer Natur und würden sich als praktisch wertlos erweisen, vor allem wenn der Vorerbe nur über wenig Eigenvermögen verfügt oder der Nacherbe zugleich Erbe des Vorerben ist.

Der Nacherbe hat daher bereits während der Dauer der Vorerbschaft Anspruch auf Unterrichtung über die Zu-

sammensetzung des Nachlasses und auf Feststellung des Zustandes der Erbschaftsgegenstände (§§ 2121, 2122 BGB). Er kann bei bestimmten Gegenständen, bei denen die Gefahr einer unwirtschaftlichen Ausnutzung besonders naheliegt (Wald, Bergwerke und ähnliche Anlagen), Art und Maß der Nutzung durch die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes festlegen lassen (§ 2123 BGB). Bei begründeter Annahme einer Verletzung seiner Rechte ist der Nacherbe berechtigt, Auskunft über den Bestand der Erbschaft zu verlangen, er kann von dem Vorerben Sicherheitsleistung und schließlich sogar die Entziehung der Erbschaftsverwaltung und ihre Übertragung auf einen vom Gericht bestellten Verwalter verlangen (§§ 2127 - 2129 BGB).

## 2. Eintritt des Nacherbfalles

Mit dem Eintritt des Nacherbfalles hört der Vorerbe auf, Erbe zu sein; die Erbschaft fällt als ganze dem Nacherben unmittelbar kraft Gesetzes an, ohne daß es einer (förmlichen) Abtretung oder Einzelübertragung der Erbschaftsgegenstände bedarf (§ 2139 BGB). Der Vorerbe hat die Erbschaft in dem Zustand herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt und auf Verlangen des Nacherben Rechenschaft abzulegen (§ 2130 BGB); für Raub- und Übermaßfrüchte sowie Erbschaftsgegenstände, die er für sich verwendet hat, muß er Wertersatz leisten (§§ 2133, 2134 Satz 1 BGB), bei Verschulden (§ 2131 BGB) Schadensersatz (§ 2134, Satz 2 BGB).

### III. Der befreite Vorerbe

Häufig wird für den Erblasser die Erhaltung seines Vermögens zugunsten der Nacherben (entfernter Verwandter) nicht so sehr im Vordergrund stehen. Der Vorerbe (überlebende Ehegatte) soll über die Erbschaft frei schalten und walten dürfen, der Nacherbe nur das erhalten, was übrig bleibt. In diesen Fällen kann der Erblasser den Vorerben von zahlreichen gesetzlichen Beschränkungen dinglicher und schuldrechtlicher Art einzeln oder insgesamt befreien (§§ 2136, 2137 BGB), dagegen nicht von dem Grundsatz der dinglichen Surrogation, der Unwirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen über Erbschaftsgegenstände und Vollstreckungsmaßnahmen von Eigengläubigern des Vorerben in den Nachlaß, von der Verpflichtung des Vorerben, ein Verzeichnis der Erbschaftsgegenstände aufzustellen und den Zustand der Erbschaftsgegenstände durch Sachverständige feststellen zu lassen, und schließlich von der Schadensersatzhaftung wegen verbotener Schenkungen und absichtlicher Benachteiligung des Nacherben (§ 2138 Abs. 2 BGB).

Der Darstellung im folgenden liegt allerdings der gesetzliche Regelfall des nicht befreiten Vorerben zugrunde, wobei auf Abweichungen, die sich für den befreiten Vorerben ergeben, jeweils ergänzend hingewiesen wird.

#### IV. Zur Vorerbschaft an Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen

Die Vorschriften des BGB über die Vor- und Nacherbschaft enthalten trotz der sonst eingehenden Regelung des Verhältnisses zwischen Vor- und Nacherben keine besonderen Bestimmungen für den Fall, daß zur Erbschaft ein Erwerbsgeschäft oder eine Beteiligung an einer Handelsgesellschaft gehört. Die gesetzliche Regelung, die dem Vorerben die Nutzungen zuweist und dem Nacherben den Stammwert der Erbschaft zu erhalten sucht, ist im wesentlichen auf Sachen und Forderungen zugeschnitten. Hier bereitet die Bestimmung der dem Vorerben gebührenden und nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gezogenen Nutzungen kaum Schwierigkeiten, ebensowenig wie die Durchführung der Vorschriften, mit denen das Gesetz dem Nacherben die Erbschaftssubstanz zu erhalten sucht. Die Übertragung dieser Bestimmungen auf Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen wirft indessen Probleme auf, die in der Besonderheit dieses "Nutzungsgegenstandes" begründet sind. Anders als bei Sachen und festverzinslichen Forderungen läßt sich die Trennung von Nutzungen und Surrogation nicht so leicht durchführen. Schwierigkeiten verursacht bereits die Bestimmung der dem Vorerben gebührenden und nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft gezogenen Früchte. Die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen, die den Vorerben im Interesse des Nacherben in der Verfügung beschränken und dem Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft Kontrollrechte geben, führt zu Kollisionen mit den Bestimmungen des Handels- und Gesellschaftsrechts.

Die Untersuchung, in welchem Umfang und mit welchem Erfolg sich die gesetzlichen Regeln über die Vor- und Nacherbschaft auf Unternehmen und Unternehmensbeteiligungen anwenden lassen, soll im folgenden für die zur Vorerbschaft gehörende Beteiligung an einer GmbH durchgeführt werden. Die Gesellschaftsverhältnisse bei der GmbH eignen sich aus mehreren Gründen für die Darstellung der angesetzten Probleme: Das Gesetz räumt den Gesellschaftern eine sehr weitgehende Freiheit bei der Gestaltung der Satzung ein, so daß die GmbH in ihrem inneren Aufbau einerseits den Grundsätzen und Regeln der Personalhandelsgesellschaften wie andererseits der Aktiengesellschaft angeglichen werden kann. Es ist ferner zulässig, daß sich (nahezu) alle Anteile der Gesellschaft in der Hand eines Gesellschafters befinden. Übt der Einmann-gesellschafter in diesem Falle zugleich die Funktionen eines Geschäftsführers aus, so handelt es sich nur noch dem Namen nach um eine Gesellschaft, wirtschaftlich betrachtet um den Einzelkaufmann mit beschränkter Haftung.

## B Rechtsnachfolge des Vorerben in den Geschäftsanteil einer GmbH

Gemäß § 1922 BGB geht das Vermögen des Erblassers als Ganzes mit dem Erbfall auf den Vorerben über. Die Geschäftsanteile an einer GmbH sind kraft Gesetzes vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG). War der Erblasser Gesellschafter einer GmbH, so fällt seine Beteiligung in den Nachlaß und unterliegt bei einer entsprechenden testamentarischen Anordnung den Regeln über die Vor- und Nacherbschaft.

Dieses Ergebnis wird trotz der klaren gesetzlichen Regelung nicht einhellig gebilligt. Das gilt vor allem für die Anerkennung des Geschäftsanteils als Bestandteil des Nachlasses. Da die Anwendung der Regeln über die Vor- und Nacherbschaft, insbesondere die zum Schutze des Nacherben getroffenen Bestimmungen wie das Surrogationsprinzip, die Verfügungsbeschränkungen und die außerordentlichen Sicherungsmittel des Nacherben (Anordnung der Zwangsverwaltung) dadurch von vornherein in Frage gestellt werden, wird im folgenden zunächst zu untersuchen sein, wie sich die Mitgliedschaft des Erblassers in der GmbH auf den Vorerben vererbt.

## I. Vererblichkeit der Beteiligung an einer GmbH

Die GmbH ist eine Handelsgesellschaft mit eigener Rechtspersönlichkeit, bei der die Mitglieder mit Einlagen auf das Stammkapital beteiligt sind und den Gläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 13 GmbHG). Die Verteilung der Verwaltungsfunktionen auf die Geschäftsführer als geschäftsführungsbefugte und vertretungsberechtigte Gesellschaftsorgane einerseits (§§ 35 ff. GmbHG) und die Gesamtheit der Gesellschafter (Gesellschafterversammlung) als oberstes, in den wichtigsten Angelegenheiten

der Gesellschaft beschließendes Gesellschaftsorgan andererseits (§§ 45 f. GmbHG) kennzeichnet die innere Organisation der GmbH als körperschaftlich strukturiert. Während bei der Grundform der Körperschaft, dem (nicht auf Erwerb gerichteten) "Idealverein" (§§ 21 f. BGB) die kapitalmäßige Beteiligung in Form der Beitragszahlung völlig hinter die Person des Mitgliedes zurücktritt, die Mitgliedschaft deswegen in Ermangelung abweichender Satzungsgestaltung nicht übertragbar und vererblich ist (§§ 38, 40 BGB), steht bei der GmbH die Kapitalbeteiligung der Gesellschafter - regelmäßig zu Erwerbszwecken eingesetzt - im Vordergrund. Die Mitgliedschaft in der GmbH ist nach dem gesetzlichen Normalstatut jedenfalls überwiegend vermögensbezogen und bestimmt sich nach dem Betrage der von den Gesellschaftern übernommenen Stammeinlage (§ 14 GmbHG). Die Geschäftsanteile der Gesellschafter sind deswegen nach dem Gesetz grundsätzlich veräußerlich und vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG).

#### 1. Der Geschäftsanteil

Dabei versteht das Gesetz unter Geschäftsanteil nicht nur die vermögensrechtliche Beteiligung der Gesellschafter <sup>1)</sup> - wenn auch die Bezeichnung "Geschäftsanteil" diese besonders zum Ausdruck bringt -, sondern den Inbegriff der mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten, das vermögens- und personenrechtliche Rechtsverhältnis zur Gesellschaft <sup>2)</sup>; denn das Gesetz stellt für alle aus der Mitgliedschaft sich ergebenden

---

1) so aber: Würdinger II, 240, 244; Feine, 373.

2) RGZ 82, 167, 169; 97, 197, 200; Haegele RPfl. 1969, 186; Däubler, 5; Schefer, 9; Baumbach-Hueck, § 3 Bem. 6 B, § 15 GmbHG Bem. 1 A; Scholz, § 14 GmbHG RZ 2; Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 16.

den Rechte und Pflichten auf den Begriff des Geschäftsanteils ab (vgl. §§ 26 Abs. 2, Abs. 3, 29 Abs. 2, 31 Abs. 3, 47 Abs. 2, 72 GmbHG <sup>1)</sup>). Diese dem Geschäftsanteil eigenen mitgliedschaftlichen Rechte und Pflichten lassen sich nach ihrem Inhalt in solche vermögens- und mitverwaltungsrechtlicher Art einteilen <sup>2)</sup>.

- a) Zu den vermögensrechtlichen Rechten und Pflichten, die Inhalt des Geschäftsanteils sind, gehören namentlich die Verpflichtung zur Leistung einer festen Stammeinlage (§§ 3 Abs. 1 Nr. 4, 5, 19 GmbHG), ferner die Kollektivhaftung der Gesellschafter für die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals (§§ 24, 30, 31 Abs. 3 GmbHG), kraft Satzung unter Umständen Nachschußpflichten in beschränkter oder unbeschränkter Höhe (§§ 26, 27 GmbHG) sowie sonstige Nebenleistungspflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG).

Den vermögensrechtlichen Pflichten stehen Rechte gegenüber wie namentlich der Anspruch jedes Gesellschafters auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Anteil am Reingewinn (§ 29 GmbHG) und auf den Anteil am Liquidationserlös (§ 72 Satz 1 GmbHG), kraft Satzung das Recht auf Benutzung von

---

1) Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 16. Für eine unterschiedliche Verwendung des Begriffs Geschäftsanteil finden sich im Gesetz keine Anhaltspunkte. - Wäre tatsächlich mit dem Geschäftsanteil nur die vermögensrechtliche Seite der Mitgliedschaft gemeint, so wären das Kaduzierungsverfahren nach den §§ 21 ff. GmbHG sowie die Einziehung des Geschäftsanteils nach § 34 GmbHG ihrer wesentlichen Wirkungen beraubt, weil die Mitverwaltungsrechte in der Person des betroffenen Gesellschafters bestehen bleiben würden. Vgl. Däubler, 5.

2) Diese Einteilung ist heute allgemein üblich.

Gesellschaftseinrichtungen oder auf Ausübung des Bezugsrechts bei Ausgabe neuer Anteile <sup>1)</sup>. Den Nebenleistungspflichten können Vorzugsrechte z.B. im Gewinnbezug entsprechen oder sonstige Vergütungen.

- b) Wichtigster Bestandteil des personenrechtlichen Inhalts der Mitgliedschaft ist das Recht auf Teilnahme an der Verwaltung der Gesellschaft, u.a. das Recht auf Teilnahme an der Gesellschafterversammlung, das Stimmrecht, das Auskunftsrecht <sup>2)</sup>, das Recht auf Anfechtung von Gesellschafterbeschlüssen <sup>3)</sup>.

Demgegenüber führt das Gesetz zwar nicht ausdrücklich Pflichten personenrechtlicher Art auf. Solche können jedoch als Nebenleistungspflichten gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG dadurch begründet werden, daß die Geschäftsführung abweichend von dem Grundsatz der Drittorganschaft einigen oder allen Gesellschaftern als Sonderrecht (vgl. § 35 BGB) zugestanden wird und ihnen zugleich nach §§ 3 Abs. 2, 6 Abs. 3 GmbHG die Nebenpflicht zur Geschäftsführung im Gesellschaftsvertrag auferlegt wird. Inhalt gesellschaftsvertraglicher Nebenpflichten ist in diesen Fällen häufig auch die Vereinbarung von Wettbewerbsverbo-

---

1) Das GmbHG in der gegenwärtigen Fassung kennt kein gesetzliches Bezugsrecht. Anders § 161 RefE GmbHG.

2) BGHZ 14, 60; Baumbach-Hueck, § 45 GmbHG Bem. 2 F.

3) Baumbach-Hueck, Anhang nach § 47 GmbHG.

ten, denen regelmäßig aber nur die Gesellschaftergeschäftsführer unterworfen sind <sup>1)</sup>. Die persönliche Verbundenheit der Gesellschafter wird auf diese Weise gestärkt, die Gesellschaft nach innen weitgehend personalistisch ausgestaltet und sehr stark einer Personalhandelsgesellschaft angenähert <sup>2)</sup>.

Der Geschäftsanteil als Inbegriff mitgliedschaftlicher Rechte und Pflichten stellt sich danach als ein komplexes Gebilde dar, das nach dem gesetzlichen Normalstatut überwiegend kapitalbezogen ist, bei dem jedoch nach der gesellschaftsvertraglichen Ausgestaltung die personenbezogenen Elemente überwiegen können.

---

1) Limbach, 79.

2) BGH DB 1958, 1038; Scholz, § 3 GmbHG RZ 16. Das ist vor allem bei kleineren Gesellschaften mit geringer Mitgliedzahl sehr häufig der Fall, die einen wesentlichen Teil aller Gesellschaften mit beschränkter Haftung ausmachen. Gegenüber der nicht so sehr ins Gewicht fallenden Kapitalbeteiligung steht die persönliche Mitarbeit der Gesellschaftergeschäftsführer im Vordergrund, die Nebenleistungspflichten werden im Verhältnis zur Einlagepflicht Hauptleistungspflichten. Die Gesellschafter schließen sich zu einer "Tätigkeitsgemeinschaft" zusammen, ihre Geschäftsanteile sind regelmäßig nach § 15 Abs. 5 GmbHG vinkuliert.

Die GmbH entfernt sich in diesen Fällen von dem Typ der körperschaftlichen Kapitalgesellschaft und ist ihrem wirtschaftlichen Inhalt nach stärker den Personalhandelsgesellschaften, OHG und KG, zuzurechnen.

## 2. Übergang der mitgliedschaftlichen Rechte auf den Erben

An diese komplexe Struktur des Geschäftsanteils mit vermögens- und personenrechtlichen Elementen knüpfen nun die verschiedenen theoretischen Erklärungen des Überganges der Mitgliedschaft unter Lebenden und von Todes wegen an. Es besteht zwar im GmbH-Recht allgemein Einigkeit darüber, daß die Mitgliedschaft grundsätzlich als ganze, also einschließlich der Mitverwaltungsrechte, vererbt wird <sup>1)</sup>.

- 
- 1) Haegele RPfl. 1969, 186; Hadding, Festschr. b. Bartholomeyczik, 77 FN 6; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG Bem. 1 A. Vgl. ferner oben die Nachweise auf S. 14 FN 2.

Die Auffassung, daß nur die vermögensrechtlichen Rechte und Pflichten der Mitgliedschaft der Vererbung unterliegen, die Mitverwaltungsrechte dagegen höchstpersönlicher Natur und deshalb an die Person des verstorbenen Erblassers gebunden seien mit der Folge, daß sie mit dem Tode erlöschen und in der Person des Erben neu, selbständig und ursprünglich, nicht etwa von dem Erblasser abgeleitet wieder erstehen, ist soweit ersichtlich nur für die Personalhandelsgesellschaften vertreten worden. So von: Donner, DR 1943, 1205, 1208; DNotZ 1944, 143, 150; Michaelis, ZAkDR 1943, 233; Schlicht, NJW 1954, 985; Heinz Wolf, NJW 1954, 1549. Die Mitverwaltungsrechte zählen danach nicht zum Nachlaß. Der Vorerbe unterliegt bei ihrer Ausübung folglich nicht den Beschränkungen, die das Gesetz im Verhältnis zum Nacherben aufstellt. Von dem Zwangsverwalter können diese Rechte nicht ausgeübt werden, noch unterliegen sie der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis anderer Amtsverwalter wie Testamentsvollstrecker und Nachlaßkonkursverwalter.

Diese Lehre vermag indessen das Wiederaufleben der Mitverwaltungsrechte in der Person der Erben nicht überzeugend zu erklären und hat sich im handelsrechtlichen und erbrechtlichen Schrifttum nicht durchsetzen können. Vgl. aber neuerdings K. Müller, Festschr. f. Wahl, 373 ff., 397 ff. Für die

In Anknüpfung an den Begriff des "Vermögens" i.S. von § 1922 BGB wird aber in Bezug auf den Übergang der einzelnen Mitgliedschaftsrechte teilweise wie folgt differenziert: Zum Vermögen i.S. des Gesetzes, verstanden als Inbegriff der geduldeten Güter einer Person, werden nur die vermögensrechtlichen Bestandteile des Geschäftsanteils gerechnet. Diese sollen nach § 1922 BGB auf den Erben übergehen. Der Übergang der Mitverwaltungsrechte des Geschäftsanteils vollzieht sich nach § 15 Abs. 1 GmbHG, einer Bestimmung, der neben § 1922 BGB selbständige Bedeutung als erbrechtlicher "Verfügungstatbestand bzw. Erwerbstatbestand" beigelegt wird. Der Erbe folge in die Mitverwaltungsrechte des Geschäftsanteils somit aufgrund erbrechtlicher Sondervorschriften, nämlich § 15 Abs. 1 GmbHG, nach <sup>1)</sup> (Sondererbfolge oder Erbfolge in ein Sondergut) <sup>2)</sup>. In Anknüpfung an Liebisch <sup>3)</sup> wird zwischen den Begriffen "Erbschaft" und "Nachlaß" differenziert. Nachlaß wird in einem engeren Sinne verstanden, nämlich nur das nach § 1922 BGB vererbliche Vermögen umfassend, Erbschaft in einem weiteren Sinne als die Summe aller vererblichen Rechtsbeziehungen umfassend. Zum Nachlaß werden nur die vermögensrechtlichen Bestandteile der Mitgliedschaft gerechnet, die nach § 1922 BGB auf den Erben übergehen, nicht hingegen die Mitverwaltungsrechte, deren Übergang § 15 Abs. 1 GmbHG entnommen wird.

---

Übertragung der Aktien finden sich nur im älteren Schrifttum ähnliche Gedankengänge. Die Mitverwaltungsrechte sollen wegen ihrer höchstpersönlichen Natur nicht übertragbar sein, sondern in der Person des Erwerbers neu entstehen. So: Ruth, 2; Matsuda, ZHR 96, 239, 256.

1) Töteberg, 31 ff.; Schefer, 27.

2) Töteberg, 33.

3) ZHR 116, 133 ff., 150.

Die rechtlichen Konsequenzen aus diesem aufgespaltenen Rechtsübergang sollen darin bestehen, daß die Mitverwaltungsrechte nicht zum Nachlaß gehören, weil dieser nur das nach § 1922 BGB vererbliche Vermögen umfasse. Die Rechtszuständigkeit der Amtswalter (Testamentsvollstrecker, Zwangsverwalter) wird auf den "Nachlaß" beschränkt mit der Folge, daß die Ausübung der Mitverwaltungsrechte ihrer Befugnis entzogen ist <sup>1)</sup>. Der Vorerbe würde danach zwangsläufig bei der Ausübung der Mitverwaltungsrechte von vornherein nicht den gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen unterliegen. Das entspricht nicht den vom Gesetz intendierten Schutz des Nacherben.

Die Unterscheidung zwischen Erbschaft und Nachlaß läßt sich nicht aufrechterhalten, weil das Gesetz beide Begriffe synonym für das Vermögen des Erblassers gebraucht, ein sachlicher Unterschied in der Gesetzessprache ist nicht erkennbar <sup>2)</sup>. Das zeigt sich gerade für den Fall der Anordnung der Zwangsverwaltung. Die gesetzliche Folge ist, daß der Vorerbe das Recht verliert, "über Erbschaftsgegenstände zu verfügen" (§ 2129 Abs. 1 BGB). Die begriffliche Differenzierung zwischen Erbschaft und Nachlaß würde nach dem Gesetz also gerade für die Rechtszuständigkeit des Zwangsverwalters zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte sprechen und damit für die Anwendung der Regeln über die Vor- und Nacherbschaft.

---

1) Töteberg, 124 ff.

2) Schefer, 28/29; Kipp-Coing, 6; Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 76.

Verfehlt erscheint es überdies, § 15 Abs. 1 GmbHG als Verfügungs- oder Erwerbstatbestand zu bezeichnen. Das Gesetz stellt hier lediglich klar, daß der Geschäftsanteil vererblich ist. Einen Rechtsübergang auf den Erben, insbesondere wie und von wem die Gesellschafterstellung ererbt wird, regelt das Gesetz hier nicht. Als Erwerbstatbestand kommt nur § 1922 BGB infrage. Daß der hier verwandte Vermögensbegriff die Gesamtheit der vererblichen Rechtsbeziehungen des Erblassers umfaßt, auch Rechtsverhältnisse nicht-vermögensrechtlichen Inhalts, entspricht wohl allgemeiner Meinung <sup>1)</sup>, die sich auf die Entstehungsgeschichte des BGB stützen kann. Der Gesetzgeber war sich darüber im klaren, daß der Grundsatz der Universalsukzession in § 1922 BGB keinen ganz vollständigen Ausdruck gefunden hat, soweit hier von dem Übergang des "Vermögens" die Rede ist. Die Motive <sup>2)</sup> erinnern daran, daß es auf dem Gebiete des Rechts der Schuldverhältnisse auch Obligationen ohne vermögensrechtliches Interesse der Gläubiger gibt. "Auch solche Obligationen unterliegen den allgemeinen Sukzessionsgrundsätzen. Dies wird nicht zweifelhaft sein."

Die differenzierende Erklärung der Vererbung von Mitverwaltungs- und Vermögensrechten zerreißt im übrigen ohne Grund die Einheit der Mitgliedschaft. Beide

---

1) Lange, 38 FN 8; Kipp-Coing, 397; Palandt-Keidel, § 1922 Bem. 3; Erman-Bartholomeyczik, § 1922 BGB Bem. 3; Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 67, 149.

2) V, 2

Gruppen von Gesellschafterrechten entspringen aber einem einheitlichen Rechtsverhältnis des Gesellschafters zu der Gesellschaft, für welches das Gesetz die Bezeichnung "Geschäftsanteil" gewählt hat. Diese Einheit, die bei einer Erwerbsgesellschaft alle Eigenschaften eines Inbegriffs von Vermögensrechten besitzt - ihr Vermögenswert bestimmt sich nicht nur nach dem Grade der Anteilnahme am Gesellschaftsvermögen, sondern auch nach dem Umfang der Mitverwaltungsrechte, etwa bei Mehrstimmrechten -, läßt sich nicht anlässlich des Rechtsüberganges von Todes wegen aufspalten und als Folge dieser Aufspaltung einer verschiedenen erbrechtlichen Beurteilung zuführen. Dafür gibt das Gesetz deutliche Hinweise.

§ 18 GmbHG geht nämlich ohne weiteres davon aus, daß der Geschäftsanteil "mehreren Mitberechtigten ungeteilt" zusteht, also auch einer Erbengemeinschaft als solcher zugehören kann (§ 18 Abs. 3 Satz 2 GmbHG)<sup>1)</sup>. Das Gesetz ordnet für diesen Fall an, daß die Rechte aus dem Geschäftsanteil nur gemeinschaftlich ausgeübt werden können<sup>2)</sup>. Der Geschäftsanteil wird mithin nach wie vor dem Erbfall als einheitliche Rechtsstellung be-

---

1) Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 250 r. Sp. Bei der OHG liegt demgegenüber § 139 HGB für den Fall der Erbengemeinschaft offenbar die Vorstellung einer automatischen Aufteilung der Mitgliedschaft zugrunde.

2) Diese Regelung entspricht für die Erbengemeinschaft ohnehin dem BGB. Sie soll die GmbH von divergierenden Meinungsäußerungen entlasten und vor Streitigkeiten der Miterben schützen.

handelt <sup>1)</sup>. Das schließt es aber ein, daß die Mitgliedschaft als Ganze der ungeteilten Mitberechtigung der Erbengemeinschaft als solcher unterliegt, d.h. daß sie in den Nachlaß fällt und daß insbesondere für die Mitverwaltungsrechte insoweit keine Besonderheiten bestehen.

## II. Inhalt und Umfang der übergehenden Rechte und Pflichten

Das bedeutet, daß der Geschäftsanteil mit allen nach dem Gesetz aus der Mitgliedschaft entstandenen Rechten und Pflichten übergeht und in den Nachlaß fällt. Gleiches gilt bei sog. Vorzugsgeschäftsanteilen <sup>2)</sup> von den durch die Satzung begründeten und mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vorrechten sowie von Neben- und Sonderleistungspflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG).

---

1) Wiedemann, GmbHR 1969, 247, 249.

2) Vgl. dazu: Sudhoff, 283 ff.; Feine, 131; Baumbach-Hueck, § 14 GmbHG Bem. 1 C; Scholz, § 14 GmbHG RZ 17; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 51 ff. Das GmbHG kennt zwar keine dem § 11 AktG vergleichbare Bestimmung; die Zulässigkeit der Bildung von Vorzugsgeschäftsanteilen folgt jedoch aus §§ 29 Abs. 2, 45 Abs. 2, 47 Abs. 2, 72 Abs. 2 GmbHG. Danach kann im Gesellschaftsvertrag - und nur durch Aufnahme in diesen - eine von dem gesetzlichen Normalstatut abweichende Gewinn- und Vermögensverteilung sowie Stimmberechtigung festgesetzt werden.

Von den mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vorrechten sind solche besonderen Vorteile zu unterscheiden, die einem Gesellschafter für seine Person in der Satzung eingeräumt worden sind, vgl. §§ 26 Abs. 1 AktG, 10 Abs. 1 RefE GmbHG; Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG Bem. 8 B; Sudhoff, 244 ff.; Scholz, § 3 GmbHG RZ 24, § 14 GmbHG RZ 13; Hachen-

## 1. Vorzugsrechte

Vorzugsrechte können vermögenswerten Inhalt haben und in einem erhöhten Gewinnanspruch bestehen, einer Vorabdividende oder einem sog. Nachbezugsrecht <sup>1)</sup>, ferner dem Bezugsrecht auf Zuteilung neuer Geschäftsanteile anlässlich von Stammkapitalerhöhungen, sowie dem Recht auf eine Vorzugsquote im Falle der Liquidation, ohne daß damit eine erschöpfende Aufzählung gegeben wäre.

---

burg-Schilling, § 5 GmbHG Anm. 58 ff. - Die Verknüpfung dieser Rechte mit dem Geschäftsanteil fehlt. Da ihre Begründung ebenfalls die Aufnahme in die Satzung voraussetzt - so ausdrücklich § 10 Abs. 1 RefE GmbHG; h. M., a.A. Scholz aaO - und die dem Gesellschafter persönlich gewährten Vorteile gleichen Inhalt wie die mit dem Geschäftsanteil verbundenen Vorrechte haben können, kann die Feststellung, ob es sich um persönliche oder anteilsgebundene Rechte handelt, bei unklarer Satzungsregelung im Einzelfall schwierig sein. Die persönlichen Vorrechte erlöschen mit dem Tode des Erblassers, wenn ihnen nach dem Inhalt der Satzung der Charakter höchstpersönlicher Rechte beizulegen ist. Davon gehen Töteberg, 79, Schefer, 24, und Däubler, 9, offenbar aus.

Es kann sich nach dem Inhalt der Satzung aber auch um übertragbare und vererbliche Rechte handeln. Sudhoff, 246. Vgl. zum AktG auch: Baumbach-Hueck, § 26 AktG RZ 3 ff.; Barz in Großkommentar zum AktG, § 26 Anm. 3 ff.; Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 26 RZ 5 ff. Der Spielraum für Herrschaftsrechte als persönliche Sondervorteile ist im Aktienrecht enger; teilweise wird die Einräumung von Herrschaftsrechten als persönlichen Sondervorteilen überhaupt für unzulässig gehalten.

1) RG JW 1908, 462 <sup>34</sup>.

An Mitverwaltungsrechten sind ein erhöhtes Stimmrecht, ein Vetorecht gegen Satzungsänderungen, das Vorschlags- und Entsendungsrecht in den Aufsichtsrat <sup>1)</sup>, sowie das Recht zur Bestellung von Geschäftsführern zu nennen <sup>2)</sup>. Mit dem Geschäftsanteil können schließlich auch Organrechte verbunden sein, nämlich ein Sitz im Aufsichtsrat oder das Recht zur Geschäftsführung <sup>3)</sup>.

Sind mit dem Geschäftsanteil solche Vorrechte verbunden und nicht ausdrücklich von der Vererbung ausgeschlossen <sup>4)</sup>, so gehen sie in vollem Umfang auf den Vorerben über, d.h. sie teilen die kraft Gesetzes bestehende Vererblichkeit des Geschäftsanteiles und der aus ihm entspringenden allgemeinen Mitgliedschaftsrechte (§ 15 Abs. 1 GmbHG). Das gilt auch von den "Organrechten", wie dem Recht zur Geschäftsfüh-

---

1) RGZ 165, 68, 78/9; Sudhoff, 284; Baumbach-Hueck, § 52 GmbHG Bem. 2 A; Scholz, § 52 GmbHG RZ 12; Hachenburg-Schmidt, § 52 GmbHG Anm. 18, 28.

2) Sudhoff, 151; Baumbach-Hueck, § 6 GmbHG Bem. 3 A, c); Scholz, § 6 GmbHG RZ 6; Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 18.

3) RGZ 170, 358, 368; Baumbach-Hueck, § 6 GmbHG Bem. 3 A, a); Scholz, § 6 GmbHG RZ 6, § 14 GmbHG RZ 13; Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 18; § 35 GmbHG Anm. 41.

4) Ein solcher Ausschluß ist möglich. Sudhoff, 284; Hachenburg-Schilling, § 5 Anm. 55.

1), das der Vorerbe auch dann erwirbt, wenn der

- 
- 1) Sofern die Satzung das Nachfolgerecht in das Geschäftsführeramt nicht ausdrücklich statuiert und mit dem Geschäftsanteil verknüpft, was allerdings auch durch die Aufstellung bestimmter Qualifikationsmerkmale (bestimmtes Alter, abgeschlossene technische oder kaufmännische Ausbildung) zum Ausdruck gebracht werden kann, wird in der Regel anzunehmen sein, daß das Recht zur Geschäftsführung dem Erblasser allenfalls als ein höchstpersönliches, nicht vererbliches Vorrecht in der Satzung gewährt worden ist. Töteberg, 60, 71; Däubler, 10; Scholz, § 14 GmbHG RZ 13. - Die Beschränkung der freien Widerruflichkeit, die Zuweisung der Geschäftsführung für die Dauer der Gesellschaft oder der Gesellschaftserstellung lassen auf ein persönliches Vorrecht des betreffenden Gesellschafters zur Geschäftsführung schließen. Fischer, GmbHR 1953, 131, 133 FN 23; Scholz, § 38 GmbHG RZ 8; Hachenburg-Schilling, § 25 GmbHG Anm. 41.

Enthält die Satzung keine dahingehenden Anhaltspunkte, so liegt jedenfalls nicht schon deswegen ein persönliches Vorrecht vor, weil sämtliche Gesellschafter im Gründungsstatut zu Geschäftsführern bestellt worden sind, § 6 Abs. 3 GmbHG. Es handelt sich vielmehr im Zweifel um eine Bestellung "bei Gelegenheit" des Gründungsvorganges; denn der körperlich strukturierten GmbHG liegt nach dem Gesetz das Prinzip der Drittorganschaft zugrunde, d.h. die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft liegt in der Hand von Geschäftsführern, die zwar Gesellschafter sein können, aber nicht Gesellschafter sein müssen, § 6 Abs. 2 GmbHG.

- Zur Nachfolge bei den Personalhandelsgesellschaften vgl. Wiedemann, 72 ff. Die dortigen Ausführungen berücksichtigen trotz Generalisierung nicht die vorstehend aufgezeigten Besonderheiten bei der GmbH und bei den Kapitalgesellschaften im übrigen wie bei der AG. Weder ein Nachfolgerecht in den Vorstandsposten einer AG noch ein Sonderrecht auf eine Vorstandsernennung können im Hinblick auf die als zwingend verstandene Zuständigkeit des Aufsichtsrates gemäß §§ 30 Abs. 4, 84 AktG wirksam begründet und einem Aktionär zugewiesen werden. Fischer in Großkomm. zum AktG 37, § 75 Anm. 2; Barz in Großkomm. zum AktG, § 26 Anm. 5; Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 26 RZ 10.

Erblasser die Geschäftsführung selbst mit Rücksicht auf sein hohes Alter nicht mehr innehatte <sup>1)</sup>. Ist der Vorerbe allerdings zur ordnungsmäßigen Geschäftsführung unfähig, was auf die in geschäftlichen Angelegenheiten häufig unerfahrene Witwe des Erblassers oder auf einen minderjährigen Vorerben zutreffen kann, so kann die Bestellung zum Geschäftsführer versagt, die Geschäftsführung bei Selbsternennung zum Geschäftsführer entzogen werden (§ 38 Abs. 2 GmbHG) <sup>2)</sup>.

## 2. Neben- und Sonderleistungspflichten

Im Gesellschaftsvertrag können den Gesellschaftern außer der Leistung von Kapitaleinlagen noch andere Verpflichtungen gegenüber der Gesellschaft auferlegt (§ 3 Abs. 2 GmbHG) und mit dem Geschäftsanteil verbunden werden. Der Inhalt solcher gesellschaftlichen Sonderpflichten ist im Gegensatz zum Aktienrecht <sup>3)</sup>

- 
- 1) RGZ 170, 358, 368. Die Nachfolge in dieses Amt kann bei besonderer Qualifikation des Vorerben gerade beabsichtigt sein. Das gilt vor allem dann, wenn der Erblasser den Vorerben auf Zeit zum uneigennütigen Verwalter berufen hat. Vgl. dazu Einleitung, 2/3.
- 2) RGZ 170, 358, 368. Übt die Witwe als Vorerbin das Amt eines Geschäftsführers nicht aus, so folgt daraus nicht ohne weiteres, daß das Nachfolgerecht dem Nacherben nicht zusteht. Wird das Sonderrecht auf die Geschäftsführung nicht beseitigt - was allerdings bei Vorliegen eines wichtigen Grundes für möglich gehalten wird: Scholz, § 14 GmbHG RZ 13; Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 18 a. E. -, so ruht seine Ausübung in der Person des Vorerben. Der Nacherbe ist zur Geschäftsführung befugt, wenn in seiner Person die gesetzlichen oder im Gesellschaftsvertrag bestimmten Voraussetzungen vorliegen.
- 3) § 55 AktG. Vgl. Baumbach-Hueck, § 55 AktG RZ 6.

praktisch unbeschränkt und umfaßt alles, was Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein kann <sup>1)</sup>. Es kann sich um Einzelleistungen wie auch um wiederkehrende Leistungen handeln, Sach- oder Geldleistungen, persönliche Dienstleistungen und Unterlassungen, die geschuldet sind. Als Bestandteil des Geschäftsanteils gehen sie mit den allgemeinen Mitgliedschaftspflichten auf den (Vor-) Erben über (§§ 1922, 1967 BGB). Das gilt vor allem für Sachleistungen <sup>2)</sup>. Schwieriger ist demgegenüber zu beurteilen, ob auch die Verpflichtung zu Dienstleistungen gegenüber der Gesellschaft ohne weiteres auf den Erben übergeht. Die Gesellschaft will sich durch die Statuierung von Dienstleistungspflichten oft nur die Arbeitskraft eines bestimmten Mitgliedes wegen dessen besonderer Qualifikation (etwa als Betriebsleiter, Erfinder, Konstrukteur) sichern. Auch bei einer Verknüpfung der Tätigkeitsverpflichtung mit dem Geschäftsanteil handelt es sich in der Regel um eine höchstpersönliche Verpflichtung, die mit dem Ausscheiden des Gesellschafters untergeht. Das wird auch für die Tätigkeit als Geschäftsführer anzunehmen sein <sup>3)</sup>, wenn das Statut nicht ausdrücklich ein Nachfolgerecht vorsieht.

- 
- 1) Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG Bem. 8 A; Hachenburg-Schilling, § 3 GmbHG Anm. 24 ff.; Scholz, § 3 GmbHG RZ 16 ff.
  - 2) Scholz, § 3 GmbHG RZ 22; Hachenburg-Schilling, § 3 GmbHG Anm. 40.
  - 3) Töteberg, 60; Däubler, 10; Scholz, § 14 GmbHG RZ 13. Zu der Frage, ob der Erbe wenigstens zur einstweiligen Fortführung der Geschäfte nach §§ 673, 675 BGB - vgl. auch §§ 727 Abs. 2 BGB, 135 HGB - verpflichtet ist: Töteberg, 71; Däubler 10.

C Haftung des Vorerben für die mitgliedschaftlichen Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil

- I. Es wurde bereits dargelegt, daß die Beteiligung an einer GmbH nach dem Gesetz eine Vielzahl vererblicher Verpflichtungen zum Inhalt hat, deren Umfang überdies durch das Gesellschaftsstatut noch vermehrt werden kann. Mit dem Erbfall gehen sie auf den Vorerben über.

Der Vorerbe hat in erster Linie die noch offene Barstammeinlage des Erblassers zu leisten (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 GmbHG); für mangelhafte oder in unzulässiger Weise überbewertete Sacheinlagen trifft ihn neben der Bareinzahlungsverpflichtung (§§ 19 Abs. 3 GmbHG, 27 Abs. 2 Satz 3 AktG 1965 analog) <sup>1)</sup> möglicherweise noch eine Schadensersatzverpflichtung <sup>2)</sup>. Er haftet darüber hinaus subsidiär dafür, daß das gesamte Stammkapital, soweit es sich um die Bareinlagen handelt,

---

1) BGH NJW 1959, 383 = LM Nr. 3 zu § 19 GmbHG; Lutter, 269 FN 129 - 135; Baumbach-Hueck, § 5 GmbHG Bem. 5 D; Scholz, § 5 GmbHG RZ 17; Hachenburg-Schilling, § 5 GmbHG Anm. 28, 28 a. Eine dem § 27 Abs. 2 AktG im wesentlichen entsprechende Regelung sieht § 11 Abs. 2 RefE GmbHG vor.

2) RGZ 159, 321 = JW 1939, 431 (Boesebeck, 436); Schönle, NJW 1965, 2133, 2137; Hachenburg-Schilling, § 5 GmbHG Anm. 28 a.

aufgebracht wird und das zu seiner Erhaltung erforderliche Vermögen der Gesellschaft nicht an die Gesellschafter ausgezahlt wird (§§ 24, 30, 31 Abs. 3 GmbHG). Im Ergebnis kann diese Gemeinhaftung mithin dazu führen, daß ein Gesellschafter bei Ausfall der Mitgesellschafter allein für die Aufbringung und Erhaltung des gesamten Stammkapitals aufkommen muß. Rechtsprechung und Schrifttum haben diese Einstandspflicht praktisch zu einer unbeschränkten, d.h. nicht von vornherein auf einen bestimmten Betrag beschränkten Haftung ausgedehnt. Die Gemeinhaftung nach § 24 GmbHG soll die Gesellschafter auch für den Fall der Erhöhung des Stammkapitals treffen - gleichgültig, ob der betroffene Gesellschafter ihr zugestimmt hatte oder nicht <sup>1)</sup>.

Durch die Begründung von Nachschußpflichten in beschränkter und unbeschränkter Höhe (§§ 26, 27 GmbHG), die Vereinbarung von Nebenleistungen (§ 3 Abs. 2 GmbHG), nämlich die Übernahme von Bürgschaften oder die Gewährung von Darlehen an die Gesellschaft, aber auch die Statuierung von wiederkehrenden Geldleistungen (z. B. zur Deckung auftretender Jahresfehlbeträge

---

1) RGZ 93, 251; 132, 392; OLG Köln OLGE 37, 5; OLG Dresden OLGE 40, 196; Sudhoff, 106; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 2 C; Vogel, § 24 GmbHG Anm. 3; Scholz, § 24 GmbHG RZ 10; a.A. Hachenburg-Schilling, § 24 GmbHG Anm. 16 ff.

Im Sinne der h. M. jetzt ausdrücklich: § 32 Abs. 2 RefE GmbHG.

oder der Ausgleichung einer Unterbilanz)<sup>1)</sup> kann die Verpflichtung zur Leistung von Kapitalbeiträgen weiter erhöht werden und praktisch auf eine ziffernmäßig unbeschränkte Haftung der Gesellschafter hinauslaufen<sup>2)</sup>.

Für den Vorerben stellt sich unter diesen Umständen die Frage, ob und inwieweit er - ohne sein Eigenvermögen einsetzen zu müssen - seine Haftung

- a) wegen der vom Erblasser herrührenden Verpflichtungen,
- b) aber auch wegen der während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen

auf den Nachlaß beschränken kann. Sein Interesse an einer Haftungsbeschränkung ist umso nachhaltiger, als ihm die Erbschaft nach der Bestimmung des Erblassers nicht endgültig verbleibt und er die Gesellschafterstellung als Treuhänder des Nacherben nur vorübergehend innehat.

---

1) RGZ 83, 216; Sudhoff, 236; Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG Bem. 8 A; Scholz, § 3 GmbHG RZ 20; Hachenburg-Schilling, § 3 Anm. 26.

2) Der Unterschied zur Rechtslage bei den Personalhandelsgesellschaften (OHG und KG) besteht bei der GmbH nur noch darin, daß die Gesellschafter den Gesellschaftsgläubigern gemäß § 13 Abs. 2 GmbHG nicht unmittelbar haften, von der Übernahme von Bürgschaften oder Gesellschaftsverbindlichkeiten einmal abgesehen. Aber auch die Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG können die Gesellschaftsgläubiger pfänden lassen und auf diesem Wege in das Eigenvermögen der Gesellschafter vollstrecken, so daß insoweit nur noch formal ein Unterschied zu den Personalhandelsgesellschaften des Handelsrechts besteht.

Umgekehrt stellt sich für die Gesellschaft die Frage, ob und inwieweit sie einerseits wegen der beim Erbfall bereits begründeten und andererseits wegen der während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen aus dem Gesellschaftsverhältnis auf die Vorerbschaft und das Eigenvermögen des Vorerben zugreifen kann.

Um die Beantwortung vorzubereiten, sei zunächst ein kurzer Überblick über das System der Erbenhaftung nach dem BGB gegeben.

## II. Erbenhaftung nach dem BGB

Die Haftung des Erben für die "Nachlaßverbindlichkeiten" beschränkt sich auf den Nachlaß, wenn eine Nachlaßverwaltung angeordnet oder der Nachlaßkonkurs eröffnet ist (§ 1975 BGB) oder der Erbe den dürftigen Nachlaß im Wege der Vollstreckungspreisgabe an die Nachlaßgläubiger herausgibt (§§ 1990, 1992 BGB).

1. Was unter Nachlaßverbindlichkeiten zu verstehen ist, wird nicht definiert. Das Gesetz gibt in § 1967 Abs. 2 BGB nur eine grobe Einteilung in
  - a) "die vom Erblasser herrührenden Schulden", sog. Erblasserschulden, und
  - b) "die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten".

Die letzteren lassen sich unterteilen in

- aa) die mit dem Erbfall entstehenden Verbindlichkeiten, insbesondere aufgrund von Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen, sog. Erbfallschulden, und

- bb) die nach dem Erbfall im Zusammenhang mit diesem oder der Verwaltung und Abwicklung des Nachlasses entstehenden Verbindlichkeiten aus Rechtshandlungen und Rechtsgeschäften des (Vor-) Erben oder anderer Personen, die berechtigt sind, den Nachlaß zu verpflichten (Testamentsvollstrecker, Nachlaßpfleger, Nachlaßverwalter, vorläufiger Erbe), sog. Nachlaßkosten und Nachlaßverwaltungsschulden.

Daß auch die zuletzt genannten Verbindlichkeiten Nachlaßverbindlichkeiten sind, ist allgemein anerkannt <sup>1)</sup>. Für den Vorerben wird sich dieses Ergebnis aus einer entsprechenden Anwendung von § 2120 BGB ableiten lassen. Der Nacherbe, der seine Einwilligung zur "Verfügungen" des Vorerben erteilen muß, die zur ordnungsmäßigen Verwaltung der Vorerbschaft erforderlich sind, muß auch solche Verpflichtungen als den Nachlaß belastend anerkennen, die der Vorerbe in ordnungsmäßiger Verwaltung eingeht. Solche Verwaltungshandlungen des Vorerben ergeben im Regelfalle Nachlaßverbindlichkeiten und bleiben dies auch über den Nacherbfall hinaus <sup>2)</sup>.

---

1) BGHZ 32, 60, 64; Lange, 624; Kipp-Coing, 418; Palandt-Keidel, § 1967 Bem. 3; Erman-Bartholomeyczik, § 1967 BGB Bem. 2; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 Anm. 9 ff.; Soergel-Ehard-Eder, § 1967 RZ 4; Staudinger-Lehmann, § 1967 BGB RZ 9 ff. - § 2092 Abs. 2 E II zum BGB führte die Verbindlichkeiten aus Rechtshandlungen der Amtswalter noch ausdrücklich als Nachlaßverbindlichkeiten auf. Diese Qualifikation ergibt sich im übrigen mittelbar aus dem Gesetz, nämlich §§ 2206 Abs. 2 BGB, 224 Nr. 5 KO.

2) BGHZ 32, 60, 63; Palandt-Keidel, § 2120 BGB Bem. 1, § 2144 BGB Bem. 2.

Als den Nachlaß belastend gehen sie mit dem Eintritt des Nacherbfalles auf den Nacherben über (§§ 2139, 2144 BGB).

2. Die vorstehende Einteilung nach der zeitlichen und sachlichen Verknüpfung mit dem Erbfall gliedert die Nachlaßverbindlichkeiten zwar übersichtlicher, ist aber für die Frage der beschränkten Erbenhaftung von geringer Bedeutung. Den Gläubigern dieser Nachlaßverbindlichkeiten haftet in jedem Falle der Nachlaß. Sie genießen das Privileg der Nachlaßsonderung und können die Eigengläubiger von dem Zugriff auf die Erbschaftsgegenstände durch den Antrag auf Nachlaßverwaltung oder Eröffnung des Nachlaßkonkurses abwehren (§§ 1981 Abs. 2 BGB, 215, 217 KO). Aber damit ist nicht gesagt, daß ihnen nur der Nachlaß haftet, denn zwischen die reinen Nachlaßgläubiger und die Gläubiger der Eigenverbindlichkeiten des Erben <sup>1)</sup> schiebt sich eine Gruppe von Gläubigern, die sowohl Nachlaßgläubiger als auch Eigengläubiger des Erben sind. Als "Nachlaßgläubiger" können sie den Nachlaß in Anspruch nehmen, ohne daß sie der Erbe nach den erbrechtlichen Bestimmungen ausschließlich auf den Nachlaß verweisen kann; ihnen steht vielmehr auch das Eigenvermögen des Erben zur Verfügung -als Folge der

---

1) Das sind solche, deren Forderungen gegen den Erben bereits vor dem Erbfall entstanden waren oder nach dem Erbfall ohne jeden Zusammenhang mit dem Nachlaß begründet worden sind oder aus einer nicht ordnungsmäßigen Nachlaßverwaltung herrühren.

rechtlichen Qualifizierung ihrer Forderung als Eigenverbindlichkeiten des Erben, sog. Nachlaßerbenschulden <sup>1)</sup>.

Die Rechtslage wird nun dadurch kompliziert, daß Nachlaßverbindlichkeiten aller oben genannten Gruppen Nachlaßerbenschulden sein oder sich zu solchen entwickeln können.

a) Erblasserschulden

Die von dem Erblasser "herrührenden Schulden" sind diejenigen Schulden, die vor dem Erbfall entstanden sind, mögen sie auch zunächst noch aufschiebend bedingt oder befristet sein oder die zugrundeliegenden Rechtsbeziehungen noch schwebend unwirksam und genehmigungsbedürftig sein <sup>2)</sup>. Diese Schulden sind zunächst reine Nachlaßverbindlichkeiten; infolge von Leistungsstörungen nach dem Erbfall, die der Erbe zu vertreten hat, können sie jedoch zu Nachlaßerbenschulden werden mit der Folge, daß der Erbe als "Schuldner" dem Gläubiger auch

---

1) Der von Böhmer - vgl. RG-Praxis III, 216, 253, 264 - herausgearbeitete Begriff wird allgemein verwandt. Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 214, 215; Lange, 625; Kipp-Coing, 419; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 Anm. 12; Palandt-Keidel, § 1967 BGB Bem. 4; Erman-Bartholomeyczik, § 1967 BGB Bem. 2.

2) BGH BB 1968, 152; Palandt-Keidel, § 1967 BGB Bem. 2; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 Anm. 5.

aus seinem Eigenvermögen Schadensersatz zu leisten hat <sup>1)</sup>.

Der Erbe tritt regelmäßig aber nicht nur in einzelne Verpflichtungen des Erblassers ein, sondern auch in solche zur Erbschaft gehörenden Rechtsverhältnisse, aus denen Rechte und Pflichten fortlaufend neu entstehen, also vor allem Dauerschuldverhältnisse, Mitgliedschaften in Vereinen und Handelsgesellschaften. Erblasserschulden sind ohne Zweifel die einzelnen Verbindlichkeiten aus der Zeit, in der der Erblasser noch lebte, z.B. die rückständige Miete aus der Zeit vor dem Erbfall. Da der Verpflichtungsgrund bereits in der Person des Erblassers begründet war, sind aber auch die fortlaufend neu entstehenden Verbindlichkeiten Erblasserschulden, für die der Erbe beschränkbar - allenfalls bei Vertragsverletzungen unbeschränkt - haften mußte, weil sie eben in dem noch von dem Erblasser begründeten Rechtsverhältnis ihre Grundlage haben und damit von ihm "herühren". Das ist jedoch nur insoweit zutreffend, als der Erbe auf ihre "automatische" Entstehung nach dem Erbfall keinen Einfluß hat, er diese Rechtsverhältnisse also unmittelbar mit dem

---

1) h. M. Böhmer, 121; Kipp-Coing, 420 FN 14; Lange, 619/620 FN 1; Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 215; Staudinger-Lehmann, § 1967 BGB RZ 27; Planck-Flad, § 1967 BGB Bem. 6 c. - Für eine reine Eigenverbindlichkeit: RGZ 92, 341.

Tode des Erblassers abbrechen kann, sondern gesetzliche Lösungsfristen einhalten muß. Diese in seiner Person entstehenden Verpflichtungen treffen den Erben nur aus dem Grunde, weil er Erbe ist und die Rechts- und Pflichtenstellung des Erblassers fortsetzt <sup>1)</sup>. Der Zusammenhang mit dem Rechtsübergang wird aber beseitigt, wenn der Erbe gesetzliche oder vertragliche Lösungsfristen (unbewußt) verstreichen läßt und die Entstehung laufender, neuer Verbindlichkeiten durch selbständiges, eigenverantwortliches Handeln unter Lebenden weiter veranlaßt <sup>2)</sup>. Die Fortsetzung dieser Rechtsverhältnisse durch den Vorerben nach den Regeln ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung leitet diese Verbindlichkeiten in die Gruppe der Nachlaßverwaltungs- und Nachlaßerbenschulden über.

---

1) Ob der abwickelnde Erbe auch wegen der nach dem Erbfall neu entstandenen Teilverbindlichkeiten die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß geltend machen kann, ist strittig. - Für eine reine Nachlaßverbindlichkeit: Böhmer, 122; Lange, 620 FN 1. - Für eine Nachlaßerbenschuld: Kipp-Coing, 420; Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 215.

Bei der Nachfolge in die Gesellschafterstellung eines Komplementärs enthält das Gesetz eine ausdrückliche Regelung. Der Erbe, der innerhalb der Frist des § 139 Abs. 3 HGB ausscheidet, haftet nach § 139 Abs. 4 HGB für die bis zu seinem Ausscheiden entstandenen Gesellschaftsschulden beschränkbar, und zwar sowohl für die Altschulden als auch für die nach dem Erbfall bis zum Ausscheiden neu eingegangenen Verbindlichkeiten. Vgl. BGH NJW 1971, 1268; Wiedemann, 240.

2) Sie werden zu Eigenschulden des Vollerben. Wiedemann, 231/2.

b) Erbfallschulden

Die mit dem Erbfall entstehenden Verbindlichkeiten sind in der Regel ebenfalls noch reine Nachlaßschulden, nur in seltenen Fällen von vornherein Nachlaßerbenschulden wie die Erbschaftsteuerschuld gemäß §§ 14 Ziff. 1, 15 ErbschStG. Wird dem Erben die Erfüllung von Vermächtnissen unmöglich, so haftet er dem Vermächtnisnehmer bei Verschulden auf Schadensersatz auch mit seinem eigenen Vermögen.

c) Nachlaßkosten- und Nachlaßverwaltungsschulden

Die Nachlaßkosten- und Nachlaßverwaltungsschulden sind reine Nachlaßverbindlichkeiten, wenn sie von dem Testamentsvollstrecker oder Nachlaßverwalter eingegangen worden sind (vgl. § 2206 Abs. 2 BGB)<sup>1)</sup>. Das ist anders, wenn sie der Erbe persönlich eingeht. Erben- oder Eigenschulden, für die der Erbe auch mit seinem Eigenvermögen einzustehen hat, sind diese Verbindlichkeiten deswegen, weil er sich damit persönlich verpflichtet hat und das BGB allgemein als selbstverständlich davon ausgeht, daß jeder, der sich rechtsgeschäftlich verpflichtet, für die Erfüllung dieser Verbindlichkeiten mit seinem ganzen Vermögen einzustehen hat, sofern das Gesetz nicht Ausnahmen vorsieht <sup>2)</sup>. Andererseits sind sie Nachlaßverbindlichkeiten

---

1) Der Vorbehalt zugunsten einer Haftungsbeschränkung, den das Gesetz hier vorsieht, beweist, daß es sich bei den Verbindlichkeiten aus Handlungen der Amtswalter um echte "Nachlaßverbindlichkeiten" handelt.

2) Baur, Festschrift für Dölle, 263.

deswegen, weil sie im Zusammenhang mit dem Nachlaß stehend und seiner ordnungsmäßigen Abwicklung oder Verwaltung dienend eingegangen worden sind. Der Erbe kann in diesen Fällen seine Haftung aber ausdrücklich oder stillschweigend durch Vereinbarung mit dem Gläubiger gegenständlich auf den Nachlaß beschränken <sup>1)</sup>.

---

- 1) RGZ 146, 346; BGH WM 1968, 798, BB 1968, 769; Molitor JherJB 69, 283, 285; Böhmer, 75; Kipp-Coing, 415; Palandt-Keidel, § 1967 BGB Bem. 4; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 BGB Anm. 12; Staudinger-Lehmann, § 1967 BGB RZ 14, 24.

Voraussetzung ist, daß es sich um eine Nachlaßverbindlichkeit handelt. Die Entscheidung darüber ist nach objektiven Gesichtspunkten zu treffen. Auch ein ausdrücklich erklärter, beiderseitiger Wille, eine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen, ist dann nicht maßgebend, wenn die Eingehung des Rechtsgeschäfts zur ordnungsmäßigen Verwaltung des Nachlasses nicht erforderlich war (RG Warn Rspr 1938 Nr. 143; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 BGB Anm. 13; Staudinger-Seybold, § 2144 BGB RZ 2). Das Recht der Nachlaßgläubiger auf abgesonderte Befriedigung gemäß § 1981 Abs. 2 BGB, der zugunsten des Nacherben in § 2115 BGB vorgesehene Vollstreckungsschutz gegen Zwangsmaßnahmen der Eigengläubiger des Vorerben wären andernfalls ihrer Wirkungen beraubt.

### III. Haftung des Gesellschaftervorerben

Bei Anwendung der vorstehenden Grundsätze auf die Haftung des Gesellschaftervorerben für die mitgliedschaftlichen Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil einer GmbH ergibt sich folgendes:

1. Als Erblasserschulden, d.h. noch vom Erblasser herührende Verbindlichkeiten, darf der Gesellschaftervorerbe alle mitgliedschaftlichen Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil ansehen, die bereits in der Person des Erblassers begründet waren, also vor allem den noch ausstehenden Betrag der vom Erblasser auf das Stammkapital übernommenen Einlage (Stammeinlage), auch soweit sie noch nicht fällig ist (vgl. § 2046 Abs. 1 S. 2 BGB), d.h. ihre Einforderung durch die Gesellschafterversammlung noch nicht beschlossen worden war (§ 46 Ziff. 2 GmbHG). Zu den Erblasserschulden darf der Vorerbe weiter die bereits in der Person des Erblassers begründete Verpflichtung zur Rückerstattung von Zahlungen rechnen, die entgegen den Vorschriften des § 30 GmbHG geleistet worden sind (§§ 31 Abs. 1, 32 GmbHG), ferner noch zu Lebzeiten des Erblassers eingeforderte Nachschüsse (§§ 26 - 28 GmbHG), in der Person des Erblassers begründete Nebenleistungsverpflichtungen aller Art einschließlich Vertragsstrafen sowie die Ausfallhaftung nach den §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG.

#### a) Erblasserschulden

Wegen dieser Verpflichtungen kann der Gesellschaftervorerbe nach dem BGB die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß herbeiführen; die Gesellschaft ihrerseits kann neben den ihr gesell-

schaftsrechtlich zur Verfügung stehenden Mitteln (Kaduzierungsverfahren wegen verzögerter Einzahlung der Stammeinlage oder von Nachschüssen, §§ 21, 28 GmbHG <sup>1)</sup>) als Nachlaßgläubigerin ihre Rechte wahren und bei Gefährdung ihrer Ansprüche durch das Verhalten oder die Vermögenslage des Vorerben Antrag auf Nachlaßverwaltung stellen, um den Nachlaß zu separieren und die Eigengläubiger des Vorerben fernzuhalten (§ 1981 Abs. 2 BGB). Fällige Forderungen der Gesellschaft hat der Nachlaßverwalter zu berichtigen (§ 1986 Abs. 1 BGB); wegen noch nicht fälliger (betagter) Forderungen, deren Berichtigung mithin zur Zeit nicht ausführbar ist, hat er der Gesellschaft Sicherheit zu leisten (§§ 1986 Abs. 2, 232 ff. BGB) <sup>2)</sup>.

Zu einer Nachlaßerbenschuld, für die der Vorerbe auch mit seinem Eigenvermögen einzustehen hat, können sich diese von dem Erblasser vererbten Verbindlichkeiten nach den allgemeinen Grundsätzen nur in Ausnahmefällen entwickeln <sup>3)</sup>. Unzutreffend erscheint jedenfalls die Behauptung von Töteberg <sup>4)</sup>, der Erbe begründe allein durch die An-

---

1) Im Hinblick auf § 2014 BGB ist strittig, ob die Gesellschaft das Kaduzierungsverfahren schon innerhalb der ersten drei Monate nach Annahme der Erbschaft einleiten und durchführen kann. Vgl. dazu Däubler, 16; Scholz, § 21 GmbHG RZ 6.

2) Planck-Flad, § 1986 BGB Bem. 1.

3) Im Zusammenhang mit dem Übergang von Sach- und Nebenleistungspflichten wäre eine persönliche Verantwortlichkeit des Vorerben für Leistungsstörungen, die er zu vertreten hat, denkbar.

4) Töteberg, 47/48.

nahme der Erbschaft und den damit endgültig vollzogenen Beitritt zur Gesellschaft auch in Bezug auf die Erblasserschulden Eigenverbindlichkeiten, für die er die Beschränkung seiner Haftung nicht geltend machen könne. Haftungsbegründende Fortsetzung ist jedenfalls mehr als bloßes erbrechtliches Überkommen und bedeutet regelmäßig nur, daß der Erbe für die neu entstehenden (Teil-) Verbindlichkeiten auch mit seinem Eigenvermögen haftet. Wegen der vor dem Erbfall bereits begründeten Verbindlichkeiten kann er die Beschränkung seiner Haftung geltend machen. Soweit das Gesetz darüber hinaus im Einzelfalle mit der Fortsetzungsentscheidung eine persönliche und unbeschränkbare Haftung auch für die sog. Altschulden verbindet, ermöglicht es dem Erben die Beendigung der ererbten Rechte- und Pflichtenstellung, ohne daß er deswegen die Erbschaft ausschlagen muß (vgl. §§ 27, 25, 139 HGB) <sup>1)</sup>.

Für die Beurteilung der Frage, ob eine reine Nachlaßverbindlichkeit oder eine Nachlaßerbensschuld vorliegt, kann es auch keinen Unterschied machen, ob die vom Erblasser übernommene Stammeinlage fällig war oder nicht. Auch wenn ihre Einforderung durch die Gesellschafterversammlung zu

---

1) Ähnliches sieht das GmbHG nicht vor. Der (Vor-) Erbe kann zwar versuchen, den Geschäftsanteil sofort nach der Annahme der Erbschaft zu veräußern. Selbst wenn ihm dies ungeachtet der noch rückständigen Leistungen auf den Geschäftsanteil kurzfristig gelingt, belasten ihn die ererbten Verpflichtungen weiterhin als Veräußerer und Rechtsvorgänger gemäß §§ 16 Abs. 2, 22 GmbHG.

Lebzeiten des Erblassers noch nicht beschlossen war, wird sie nicht ohne weiteres deswegen zu einer Eigenschuld, weil der Vorerbe in der Gesellschafterversammlung über ihre Einforderung beschließt und mitstimmt. Die Beschlußfassung über die Einforderung begründet keinen selbständigen Fortsetzungstatbestand, der die persönliche Haftung des Gesellschaftervorerben auslöst, zumal der Vorerbe bei der Einforderung überstimmt werden kann. Aber selbst wenn er für die Einforderung der Stammeinlagen gestimmt hat, so liegt in diesem Verhalten nicht notwendig eine Übernahme der Stammeinlage als Eigenschuld. Im Zweifel wird davon auszugehen sein, daß der Vorerbe sich selbstverständlich die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß stets vorbehalten will <sup>1)</sup>. Das gilt bei dem Vorerben umsomehr, als ihm der Geschäftsanteil von dem Erblasser nur treuhänderisch (auf Zeit) zugewiesen worden ist.

Können die Ansprüche der Gesellschaft aus dem Nachlaß nicht in vollem Umfange berichtigt werden, weil dieser überschuldet ist oder so dürftig ist, daß der Gesellschaftervorerbe die Befriedigung aus seinem Eigenvermögen durch Vollstreckungspreisgabe nach § 1990 BGB verweigern konnte, so geht die Gesellschaft nach erbrechtlichen Grundsätzen unter Umständen leer aus, denn der Zugriff auf das Eigenvermögen des Erben ist ihr versagt. Mag die Gesellschaft auch ein nach-

---

1) Vgl. Lange, 620 FN. 1).

haltiges Interesse an einem Haftungszuwachs am Nachlaß des Erbfallles haben, so ist doch erbrechtlich ein solches Interesse nicht als berechtigt anerkannt <sup>1)</sup>. Den Vorschriften des BGB, die dem Erben die Herbeiführung der Haftungsbeschränkung auf den Nachlaß ermöglichen, liegt die Erwägung zugrunde, daß die volle persönliche Haftung für die Schulden des Erblassers den Erben in unzumutbarer Weise belasten, den Nachlaßgläubigern andererseits eine ungerechtfertigte Erweiterung ihrer Kreditgrundlage verschaffen würde. Wäre der Erbe von vornherein dem Zugriff der Nachlaßgläubiger auf sein Eigenvermögen ausgesetzt, würden nur noch solche Erbschaften angenommen, deren Liquidität nicht zweifelhaft wäre. Der Fiskus (§§ 1936, 1942 Abs. 2 BGB) müßte sich letztlich in vielen Fällen damit abgeben, (auf Kosten der Steuerzahler) Hinterlassenschaften abzuwickeln.

Die Gesellschaft ist in diesem Falle wegen der noch offenen Beiträge des Erblassers auf die Aktualisierung der ihr nach dem GmbHG zur Verfügung stehenden Mittel verwiesen, nämlich der Durchführung des Kaduzierungsverfahrens, der Inanspruch-

---

1) Das Recht des Gesellschafters, seine Haftung auf den Nachlaß zu beschränken, wird deswegen bejaht von: Barella GmbH 1959, 45, 46; Haegele RPfl. 1969, 186, 187; Däubler, 12 ff.; Sudhoff, 361; Wiedemann, 239 (für die Miterbengemeinschaft vor der Teilung); Baumbach-Hueck, § 18 GmbHG Bem. 3; Scholz, § 18 GmbHG RZ 9; Hachenburg-Schilling, § 2 GmbHG Anm. 10; § 15 GmbHG Anm. 77; § 18 GmbHG Anm. 22.

Ebenso zum AktG: Barz in Großkomm. z. AktG, § 67 Anm. 16; § 69 Anm. 8. Differenzierend dagegen die h.M. vgl. Baumbach-Hueck, § 67 AktG RZ 10; § 69 AktG RZ 4; Lutter in Kölner Komm. z. AktG, § 67 RZ 20, § 69 RZ 25, jeweils mit Nachweisen.

nahme möglicher Rechtsvorgänger, der Versteigerung des Geschäftsanteils und letztlich der Heranziehung der Mitgesellschafter (§§ 21 - 24 GmbHG) <sup>1)</sup>.

b) Eigenschulden des Vorerben?

Dieses Ergebnis ist jedoch nicht ohne Widerspruch geblieben und mit der Begründung abgelehnt worden, die erbrechtlich beschränkbare Haftung laufe den Prinzipien des Gesellschaftsrechts, namentlich unabdingbaren Vorschriften des GmbHG, die die Interessen der Gesellschaftsgläubiger vorrangig berücksichtigen, zuwider, insbesondere den Vorschriften, die die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals gewährleisten sollen. Die in diesen Bestimmungen zum Ausdruck gebrachten Wertungen des Gesetzgebers rechtfertigten eine Durchbrechung der Bestimmungen des Erbrechts. Die persönliche und auf den Nachlaß gegenständlich nicht beschränkbare Haftung des Erben wird insbesondere in Anknüpfung an die Vorschriften des Rechtswechsels unter Lebenden (§ 16 Abs. 3 GmbHG) und die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer, an einem Geschäftsanteil Mitberechtigter (§ 18 Abs. 2 GmbHG) begründet <sup>2)</sup>. Ferner wird darauf hingewiesen, daß die Sicherung der Nachlaßgläubiger unzulänglich sei. In der von dem Gesellschaftererben beherrschten GmbH versage praktisch das den Nachlaßgläubi-

---

1) Hachenburg-Schilling, § 18 GmbHG Anm. 22.

2) Töteberg, 46 ff.; Wiedemann, 234 ff. (für den Alleinerben); Förtsch, § 18 GmbHG Anm. 2.

gern gewährte Haftungssonderungsrecht (§ 1981 Abs. 2 BGB) <sup>1)</sup>; in diesen Fällen liege es ausschließlich bei dem Gesellschaftererben, den Zeitpunkt der Nachlaßsonderung zu bestimmen. Das vererbte Vermögen könne sich in der Zwischenzeit aber hinter dem Rücken der Nachlaßgläubiger verflüchtigen, die Sicherheit der Beitragsforderung werde mit jedem Jahr geringer.

Dazu ist folgendes zu bemerken:

- aa) Es ist richtig, daß das GmbHG die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals durch eine eingehende Regelung und sehr einschneidende Mittel zu gewährleisten sucht, weil den Gesellschaftsgläubigern nur das Gesellschaftsvermögen haftet (§ 13 Abs. 1 GmbHG). Die Stammeinlagen können den Gesellschaftern außer im Falle einer Herabsetzung des Stammkapitals weder erlassen noch gestundet werden. Eine Aufrechnung können die Gesellschafter nicht geltend machen (§ 19 Abs. 2 GmbHG).

Es läßt sich daher auf den ersten Blick bezweifeln, ob die erbrechtlich beschränkbare Haftung mit dem Erlaßverbot vereinbar ist. Erlaß i.S. des Gesetzes ist nämlich nicht nur im Sinne von Erlaßvertrag gemäß § 397 BGB zu verstehen <sup>2)</sup>. Durch das Erlaßverbot werden alle Vereinbarungen und rechtsgeschäftlichen Er-

---

1) Wiedemann, 230, 238.

2) Baumbach-Hueck, § 19 GmbHG Bem. 3 A, B.

klärungen zwischen Gesellschaft und Gesellschafter untersagt, durch die eine völlige oder teilweise Befreiung von der satzungsmäßig festgelegten Einlagepflicht herbeigeführt werden soll. Unter das Erlaßverbot würde ohne Zweifel auch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschafter fallen, durch die der Gesellschafter seine Haftung gegenständlich beschränken wollte, denn dadurch tritt eine vom Gesetz untersagte Haftungsmilderung <sup>1)</sup> ein.

Die Herbeiführung der gegenständlich beschränkten Haftung, mit der der Erbe von den ihm gesetzlich zustehenden Mitteln Gebrauch macht, ist jedoch "kein Anrufen eines Verzichtes seitens der Gesellschaft" <sup>2)</sup> und widerspricht daher nicht dem auf einen rechtsgeschäftlichen Erlaß beschränkten gesetzlichen Verbot.

- bb) Auch aus den gemäß § 25 GmbHG unabdingbaren und einer einschränkenden Auslegung nicht zugänglichen Bestimmungen <sup>3)</sup>, mit denen das GmbHG die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals sicherstellen will (Kaduzierungsverfahren, Staffelregreß der Vormänner, Versteigerung des Geschäftsanteils und letztlich Solidarhaftung der Mitgesellschafter, §§ 21 - 24 GmbHG), läßt sich eine Durchbrechung der erb-

---

1) Baumbach-Hueck, § 19 GmbHG Bem. 2 B, a)

2) "Nur dieser ist verpönt." Hachenburg-Schilling, § 2 GmbHG Anm. 10.

3) Baumbach-Hueck, § 25 GmbHG Bem. 1

rechtlichen Regeln nicht rechtfertigen. Im Gegenteil, gerade weil der Gesellschaft diese Rechte neben der Nachlaßsonderung zur Verfügung stehen und auch im (Nachlaß-) Konkurs des Gesellschafters (-erben) durchsetzbar sind<sup>1)</sup>, erscheint eine zusätzliche persönliche Haftung des Erben für Schulden des Erblassers nicht vertretbar, auf deren Entstehung der Gesellschaftererbe keinerlei Einfluß hatte<sup>2)</sup>.

- cc) Ebensovienig ist § 16 Abs. 3 GmbHG zu entnehmen, daß das Gesetz die Gesellschaft als Nachlaßgläubigerin besserstellen und ihr den Zugriff auf das Eigenvermögen des Erben ermöglichen wollte. Diese Bestimmung betrifft nach ihrem Wortlaut nur den Rechtswechsel unter Lebenden und ordnet für diesen Fall an, daß ihr für rückständige Leistungen auf den Geschäftsanteil der Erwerber zusätzlich verhaftet ist und der Veräußerer nicht aus seiner Haftung entlassen wird. Diese Vervielfältigung der Haftung anlässlich des Mitgliedwechsels unter Lebenden läßt sich angesichts der ganz anders gelagerten Interessenlage nicht analog auf die erbrechtliche Nachfolge übertragen; denn der Erwerber eines Geschäftsanteils kann sich nach eingehender und zeitlich nicht beschränkter

---

1) Baumbach-Hueck, § 21 GmbHG Bem. 2 A; Scholz, § 21 GmbHG RZ 30; Hachenburg-Schmidt, § 21 GmbHG Anm. 40.

2) vgl. Hachenburg-Schilling, § 18 GmbHG Anm. 22.

Überprüfung der wirtschaftlichen Verhältnisse der Gesellschaft darüber schlüssig werden, ob er Gesellschafter werden will oder nicht. Er tut es aus eigenem Entschluß und in Kenntnis der Schuldenlast, für die er schließlich die Mithaft übernimmt. Er haftet der Gesellschaft überdies nur, wenn sein Erwerb unter Nachweis des Übergangs bei der Gesellschaft angemeldet ist; die Gesellschaft kann diese Anmeldung nicht erzwingen <sup>1)</sup>, mögliche Zwischenerwerber des Geschäftsanteils also nicht in Anspruch nehmen <sup>2)</sup>.

Der Erbe hingegen wird mit dem Erbfall Gesellschafter, ohne daß es einer Anmeldung bedarf <sup>3)</sup>. Eine eingehende Prüfung des Nachlasses und der gesellschaftlichen Beteiligungsverhältnisse innerhalb der Ausschlagungsfrist des § 1944 Abs. 1 BGB (6 Wochen seit Kenntnis vom Anfall und Grund der Berufung) ist ihm nicht möglich. Diese Frist vergeht in der Regel, ohne daß der Erbe überhaupt eine ungefähre Kenntnis der Zusammensetzung des Nachlasses besitzt. Ausschlagung oder Annahme erfolgen daher so gut wie immer, ohne daß der (vorläufige) Erbe völlige

---

1) Scholz, § 16 GmbHG RZ 6; Hachenburg-Schilling, § 16 GmbHG Anm. 10.

2) Scholz, § 16 GmbHG RZ 22.

3) Baumbach-Hueck, § 16 GmbHG Bem. 1 B.

Klarheit über die Lage des Nachlasses besitzt <sup>1)</sup>. Dem trägt das Gesetz in den §§ 2014, 2015 BGB durch die Einräumung von Schonungseinreden Rechnung.

Eine Veräußerung des Geschäftsanteils innerhalb der Ausschlagungsfrist ist zwar theoretisch denkbar, zieht aber für den Erben keine Erleichterung nach sich. Auf die rückständigen Leistungen bleibt er verhaftet (§ 16 Abs. 3 GmbHG); wegen später fällig werdender Leistungen muß er befürchten, im Wege des Staffelregresses in Anspruch genommen zu werden (§ 22 GmbHG) <sup>2)</sup>.

Eine entsprechende Anwendung von § 16 Abs. 3 GmbHG scheitert mithin an der Feststellung der Rechtsähnlichkeit der Erwerbstatbestände <sup>3)</sup>.

- 
- 1) Lange, 94. - Für den minderjährigen Erben verkürzt sich im übrigen die Überlegungsfrist zwangsläufig dadurch, daß sein gesetzlicher Vertreter für die Ausschlagung gemäß § 1643 Abs. 2 BGB der vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung bedarf und diese dem Nachlaßgericht innerhalb der 6-Wochenfrist des § 1944 BGB nachzuweisen hat.
  - 2) Baumbach-Hueck, § 22 GmbHG Bem. 2 A; Scholz, § 22 GmbHG RZ 3; Hachenburg-Schmidt, § 22 GmbHG Anm. 2. - Anders nur, wenn der Erblasser als Zwischenerwerber seinerseits nicht bei der Gesellschaft angemeldet war.
  - 3) Die Zulassung der beschränkten Erbenhaftung stellt angesichts der aufgezeigten Unterschiede des Rechtswechsels unter Lebenden und von Todes wegen auch keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Gleichbehandlung der Gesellschafter dar. - A.A. Töteberg, 50 FN 14.

dd) Aber auch aus § 18 Abs. 2 GmbHG läßt sich nicht zwingend entnehmen, daß das Gesetz die erbrechtlichen Vorschriften über die beschränkte Erbenhaftung generell habe durchbrechen wollen. Die gesamtschuldnerische Haftung, die das Gesetz hier für Rechtsgemeinschaften an einem Geschäftsanteil festlegt, besagt für die Erbengemeinschaft nichts anderes, als sich ohnehin aus dem Erbrecht, nämlich § 2058 BGB, ergibt <sup>1)</sup>.

§ 18 Abs. 2 GmbHG enthält nur insofern eine Durchbrechung der allgemeinen Vorschriften über die Haftung der Miterben, als sich die Miterben nach der Teilung des Nachlasses nicht auf die dann gemäß §§ 2060, 2061 BGB eintretende anteilige Haftung berufen können. Ihre

---

1) Auch für die Miterben stellt sich deshalb die Frage, ob sie wegen der rückständigen oder noch fällig werdenden Einzahlungen auf die Stammeinlage und wegen der übrigen mitgliedschaftlichen Verpflichtungen die Gesellschaft

a) bis zur Teilung auf den Nachlaß verweisen und sich auf ihre gegenständlich beschränkte Haftung mit dem Anteil am Nachlaß berufen können (§ 2059 BGB), was die h.M. bejaht - vgl. die Nachweise auf S. 37 FN 1 -, und auch

b) nach der Teilung ihre Haftung gegenständlich auf die ihnen zugeteilten Nachlaßgegenstände beschränken können; denn die Teilung führt nicht unbedingt zu einer unbeschränkten persönlichen Haftung der Miterben, vgl. § 1480 Satz 2 BGB. Erman-Bartholomeyczik, Vorbem. 8 vor § 2058 BGB; Siber, 108.

Vgl. zur Haftung nach der Teilung: Wiedemann, 239.

gesamtschuldnerische Haftung wird nicht zu einer "Teilschuld" (sog. pro rata-Haftung). Dem steht vielmehr § 18 Abs. 2 GmbHG entgegen, der für alle Gemeinschaftsverhältnisse die unbedingte gesamtschuldnerische Haftung anordnet <sup>1)</sup>.

Daraus folgt aber nicht zwingend, daß die Miterben im Rahmen der unbedingten gesamtschuldnerischen Haftung ihre Haftung auch "gegenständiglich" nicht auf den Nachlaß beschränken können. Wäre solches gewollt, so hätte das Gesetz dies klar zum Ausdruck bringen können und müssen. Die Tatsache, daß § 18 Abs. 3 Satz 2 GmbHG den Besonderheiten der Miterbengemeinschaft im Hinblick auf den Erwerb ihres Rechts durch die Einräumung einer "Schonfrist" <sup>2)</sup> Rechnung trägt, legt eher den Gegenschluß nahe, daß das GmbHG keine generelle Durchbrechung der allgemeinen erbrechtlichen Regeln über die Haftungsbeschränkung statuieren wollte <sup>3)</sup>.

- 
- 1) Barella, GmbHR 1959, 45, 47; Scholz, § 18 GmbHG RZ 9; Hachenburg-Schilling, § 18 GmbHG Anm. 23. - Insoweit erfahren die Vorschriften des BGB eine im Interesse der Gesellschaft gebotene Durchbrechung, die z.B. auch bei der Bruchteilsgemeinschaft praktisch wird, für die die gesamtschuldnerische Haftung an sich nicht gelten würde.
- 2) Scholz, § 18 GmbHG RZ 15.
- 3) Von der Zulässigkeit einer erbrechtlich beschränk-  
baren Haftung ging auch ohne weiteres die Reichs-  
tagskommission in ihrer Stellungnahme zu der § 18  
GmbHG entsprechenden aktienrechtlichen Bestimmung  
des § 225 HGB=63 AktG 1937 = 69 AktG 1965 mit der  
Feststellung aus, daß die Miterben für die Leistun-  
gen auf die Aktie zwar gesamtschuldnerisch hafteten,  
jedoch beschränkt oder doch mit dem Recht, sich die  
Beschränkung ihrer Haftung nach den allgemeinen Vor-  
schriften zu sichern, vgl. Berichte 70, 71; Hahn-  
Mugdan, Materialien zum HGB, 592.

ee) Es ist schließlich noch auf die Einwendungen einzugehen, die Sicherung der Beitragsforderung durch die erbrechtlichen Vorschriften sei vor allem bei dem (die Gesellschaft beherrschenden) Alleinerben nicht nachhaltig gewährleistet.

Dabei wird übersehen, daß den Erben eine sehr strenge persönliche Haftung für die Verwaltung des Nachlasses gegenüber den Nachlaßgläubigern trifft <sup>1)</sup>. Die Gefahren, die den Nachlaßgläubigern aus der Verfügungsmacht des Erben und dem Zugriff der Eigengläubiger drohen, hat das Gesetz nämlich durchaus gesehen und das Prinzip der "gegenständlich beschränkten Haftung" durch das Prinzip der "rechnerisch beschränkten Haftung" ergänzt <sup>2)</sup>. Der Erbe, der sich nach Jahr und Tag der persönlichen Haftung für die Nachlaßschulden entziehen will, wird wie ein "Verwalter" fremden Gutes behandelt (§§ 1978, 1980, 1991 BGB). Er ist insbesondere dafür verantwortlich, daß der Nachlaß nicht zum Nachteil der Nachlaßgläubiger und vor allem nicht zum Vorteil seiner Eigengläubiger verkürzt wird. Der Erbe ist auskunfts-, rechnschafts-, eides- und ersatzpflichtig (§§ 666, 681, 259, 260 BGB). Er muß vorhandene Nutzungen herausgeben, für verbrauchte Ersatz leisten <sup>3)</sup>, für sich verwandtes Geld verzinsen (§ 668 BGB), rechtsgeschäftlich erlangte Gegen-

---

1) Emmerich ZHR 132, 297, 306/7.

2) Erman-Bartholomeyczik, § 1978 BGB Bem. 1.

3) Palandt-Keidel, § 1978 BGB Bem. 3.

werte herausgeben <sup>1)</sup>. Einzelne Nachlaßgläubiger darf er nur insoweit befriedigen, als er den Nachlaß zur Berichtigung aller Verbindlichkeiten für ausreichend erachten darf (§ 1979 BGB). Bei Überschuldung muß er unverzüglich den Nachlaßkonkurs beantragen (§ 1980 BGB). Handelt er diesen Pflichten zuwider, so trifft ihn, wenn der Nachlaß zur Befriedigung der Nachlaßgläubiger nicht ausreicht oder diese eine geringere Konkursquote erhalten, eine Ersatzpflicht, für die er mit seinem Eigenvermögen haftet; denn die den Nachlaßgläubigern zustehenden Ansprüche richten sich gegen sein Eigenvermögen und gelten als zum Nachlaß gehörend (§ 1978 Abs. 2 BGB).

Der Erbe, der sich nach Jahren plötzlich zum Nachlaßverwalter degradiert, schützt sich also nicht vor jeder persönlichen Haftung; Ausfallschäden muß er den Nachlaßgläubigern aus seinem eigenen Vermögen ersetzen und ihnen damit die Kreditgrundlage des Erblassers wiederherstellen <sup>2)</sup>.

---

1) Erman-Bartholomeyczik, § 1978 BGB Bem.1.

2) Rechtsprechung und Praxis haben dieses Ergebnis überdies noch verschärft. Ist nach Jahr und Tag eine Nachprüfung der Vollständigkeit des Inventars und eine Wertermittlung für einen Nachlaßgläubiger überhaupt nicht mehr möglich, so kann der Erbe die Beschränkung seiner Haftung schließlich nicht mehr geltend machen. RG HRR 1939 Nr. 369; Soergel-Ehard-Eder, Vorbem. RZ 3 vor § 1967 BGB.

Ist danach erbrechtlich gewährleistet, daß der alleinige Vollerbe, auch wenn er beherrschender Gesellschafter der GmbH ist, die Sicherheit einer Erfüllung der Erblasserschulden nicht ohne persönliche Inanspruchnahme zum Nachteil der Gesellschaft zu beeinflussen vermag, so mindert sich die Gefahr einer Schmälerung der Nachlaßsubstanz noch erheblich, wenn der Erblasser einen Vorerben eingesetzt hat. Der Nachlaß bildet in seiner Hand kraft Gesetzes ein Sondervermögen, das durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation (§ 2111 BGB) geschützt ist <sup>1)</sup>. Der Vorerbe ist zudem Verfügungsbeschränkungen unterworfen (§§ 2113, 2114, 2116 bis 2118 BGB). Der Nachlaß ist gegen Vollstreckungsmaßnahmen von Eigengläubigern des Vorerben - auch bei befreiter Vorerbschaft (§ 2136 BGB) - nach § 2115 BGB geschützt. Wird durch die Verwaltung des Vorerben die Besorgnis einer erheblichen Verletzung der Rechte des Nacherben begründet, so kann dieser Sicherheitsleistung fordern und schließlich die Anordnung der Zwangsverwaltung verlangen (§§ 2127 - 2129 BGB). Die im Interesse der Substanzerhaltung zugunsten des Nacherben aufgestellten Verfügungsbeschränkungen und Kontrollrechte wirken sich mithin gleichzeitig auch zugunsten der Nachlaßgläubiger und damit der Gesellschaft aus. Die Durchbrechung der erb-

---

1) Das Surrogationsprinzip soll allerdings nicht zugunsten der Nachlaßgläubiger wirken. So: RGWarnR 1913 Nr. 247; Börner JuS 1968, 53, 113; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 2.

rechtlichen Regeln über die Haftungsbeschränkung erscheint unter diesen Umständen weder erforderlich noch gerechtfertigt <sup>1)</sup>.

Der Vorerbe kann daher die Beschränkung seiner Haftung für die Erblasserschulden aus dem Geschäftsanteil gegenüber der Gesellschaft geltend machen und nach den allgemeinen Vorschriften herbeiführen.

## 2. Haftung für die während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen

Mit der Aufbringung des Stammkapitals und der Berichtigung der Erblasserschulden erschöpfen sich die Beitragspflichten des Gesellschaftervorerben nicht immer. Es wurde bereits darauf hingewiesen, daß während der Dauer der Vorerbschaft das Stammkapital mit der Folge der Solidarhaftung nach § 24 GmbHG erhöht werden kann, in der Satzung vorgesehene Nachschüsse eingefordert werden können oder die Gesellschafter zu Nebenleistungsverpflichtungen (Deckung einer Unterbilanz oder eines Jahresfehlbetrages) herangezogen werden können sowie unter Umständen Vertragsstrafen für die nicht rechtzeitige Erbringung ihrer Beiträge zu zahlen haben. Zu denken ist ferner an die Solidarhaftung aus § 31 Abs. 3 GmbHG.

---

1) Wiedemann, 239, entscheidet sich bei der Miterbengemeinschaft für die Haftungsbeschränkung unter Hinweis darauf, daß der Nachlaß in der Hand der Miterben ein durch das Surrogationsprinzip geschütztes Sondervermögen bilde. - Folgerichtig wäre die Haftungsbeschränkung dann zumindest auch bei der Einsetzung eines Testamentsvollstreckers oder der Anordnung der Vorerbschaft zu bejahen.

Die Haftung des Vorerben ist auch im Hinblick auf diese während der Dauer seiner Berechtigung neu entstehenden mitgliedschaftlichen Verpflichtungen nicht unproblematisch.

a) Erblasserschulden

Ihre Entstehung in der Person des Erben hindert nicht, diese Verpflichtungen unter Umständen noch den vom Erblasser herrührenden Verpflichtungen zuzurechnen. Als Erblasserschulden mit der Folge der Haftungsbeschränkung darf der Erbe sie aber nur dann ansehen, wenn er die Gesellschafterstellung vorübergehend, als den Nachlaß abwickelnder Erbe, innehat, sei es, daß er den Geschäftsanteil in Erfüllung eines Vermächtnisses alsbald dem Vermächtnisnehmer abtritt <sup>1)</sup>, sei es, daß er den Geschäftsanteil in Erfüllung einer statutarischen Abgabepflicht gemäß § 3 Abs. 2 GmbHG <sup>2)</sup> an die Gesellschaft, einen Gesellschafter oder einen bereits bekannten oder noch zu benennenden Dritten überträgt <sup>3)</sup>.

---

1) Auch die seit dem Erbfall gezogenen Nutzungen des Geschäftsanteils sind dem Vermächtnisnehmer herauszugeben (§§ 2184, 2176 BGB).

2) Zur Zulässigkeit vgl.: Däubler, 71 ff.; Wiedemann, 87/88; Sudhoff, 369; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG Bem. 1 A; Scholz, § 15 GmbHG RZ 12; Hachenburg-Schilling, § 15 Anm. 4.

Im Zusammenhang mit der Abgabepflicht wird bisweilen auch ein Ruhen der Mitgliedschaftsrechte für die Zeit zwischen Erbfall und Ausscheiden des Erben vereinbart. Sudhoff, 370.

3) vgl. auch § 139 Abs. 4 HGB. Für die Haftungsbeschränkung: Haegele RPfl. 1969, 186, 187; Däubler, 13/14; Hachenburg-Schmidt, § 22 GmbHG Anm. 2. A.A. für die vermächtnisweise Zuwendung: Töteberg, 122/3.

Setzt er aber die Gesellschafterstellung als Vorerbe fort, so lassen sich die während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen nicht mehr den Erblasserschulden zurechnen. Die Rechtsstellung des Vorerben in der Gesellschaft ist zwar nach der Bestimmung des Erblassers nur vorübergehender Natur und entfällt mit dem Eintritt des Nacherbfalles. Ungeachtet dieser Beschränkungen seines Rechts ist der Vorerbe jedoch nicht nur "abwickelnder Verwalter" des Nachlasses, sondern für die Dauer seiner Berechtigung <sup>1)</sup> wahrer Erbe. Die Fortführung der Rechtsstellung des Erblassers in der Gesellschaft beseitigt deswegen den Zusammenhang mit dessen Rechtsleben.

b) Eigenschulden

Für die neuen Verpflichtungen aus der Mitgliedschaft haftet der Gesellschaftervorerbe grundsätzlich persönlich, d.h. mit seinem ganzen (Eigen-) Vermögen. Diese Haftung ist nicht etwa eine handelsrechtliche Besonderheit, sondern ergibt sich aus den allgemeinen Bestimmungen des BGB <sup>2)</sup>.

Es kommt nicht darauf an, ob der Vorerbe für oder gegen die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gestimmt hat, in denen die Erhöhung der Beitragspflichten beschlossen worden ist. Als Gesellschaf-

---

1) Diese Inhaberschaft kann sich nach der Bestimmung des Erblassers über Jahre hinziehen, ja regelmäßig ist der Nacherbfall überhaupt auf den Tod des Vorerben gestellt.

2) RGZ 146, 343, 345; Baur, Festschr. f. Dölle, I 249, 263.

ter unterliegt er der körperschaftlichen Verfassung, insbesondere dem Mehrheitsprinzip. Will er der persönlichen Inanspruchnahme entgehen, muß er versuchen, zuvor den Geschäftsanteil zu veräußern. Nur anlässlich der Einforderung von Nachschüssen bei unbeschränkter Nachschußpflicht kann er durch die Ausübung des Preisgaberechts (§ 27 GmbHG) seine Haftung "gegenständlich" beschränken, geht allerdings des Geschäftsanteils u. U. ohne Gegenwert verlustig <sup>1)</sup>.

- 
- 1) Wegen der persönlichen Haftung für die laufenden entstehenden Verpflichtungen ist bei der Nebenleistungs-GmbH in Analogie zu § 139 HGB das Recht des Gesellschaftererben bejaht worden, die Nebenleistungspflichten zu kündigen. So: Töteberg, 62 ff.; Däubler, 12 ff., jeweils im Anschluß an Dilthey, 45 FN. 167.

Ob eine so weitgehende Übereinstimmung mit der Rechtsstellung des Erben eines Komplementärs besteht, daß die Rechtsähnlichkeit der Tatbestände eine entsprechende Anwendung des § 139 HGB rechtfertigen könnte, ist sehr zweifelhaft. § 139 HGB will dem Erben eines Komplementärs den Konflikt ersparen, die volle persönliche Haftung für die Gesellschaftsschulden zu übernehmen oder die Erbschaft ganz ausschlagen zu müssen. In einer vergleichbaren Zwangslage befindet sich der Erbe in der Nebenleistungs-GmbH wohl nicht. Wegen der Erblasserschulden kann er die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlaß geltend machen. Die zukünftig zu erbringenden Nebenleistungen mögen zwar lästig sein, sind aber weder qualitativ noch quantitativ mit der Haftung eines Komplementärs zu vergleichen. Führen sie auf die Dauer dennoch zu einer unzumutbaren Belastung des Erben, bleibt ihm, wenn der Geschäftsanteil aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen unveräußerlich ist, letztlich der Austritt aus der Gesellschaft. Baumbach-Hueck, Einf. 3 zu § 34 GmbHG; Scholz, § 15 GmbHG RZ 65; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 18 C.

c) Nachlaßverwaltungsschulden

Mit der Feststellung, daß der Vorerbe für die während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen persönlich einzustehen hat, ist indessen nur beantwortet, daß der Gesellschaft jedenfalls das Eigenvermögen des Vorerben als Zugriffsobjekt zur Verfügung steht, nicht dagegen die weitere davon zu unterscheidende Frage, ob ihr auch die Vorerbschaft verhaftet ist. Dem Zugriff der Gesellschaft unterliegt die Vorerbschaft nur, wenn die aus der Mitgliedschaft entstandenen Verbindlichkeiten zugleich Nachlaßverbindlichkeiten sind (§ 2115 Satz 2 BGB). Diese Frage ist bei unzulänglichem Eigenvermögen des Vorerben, aber zulänglicher Vorerbschaft für die Gesellschaft <sup>1)</sup> **vor allem** im Hinblick auf die Pfändung und Verwertung der Vorerbschaftsgegenstände von Bedeutung.

---

Es kann schließlich auch nicht unberücksichtigt bleiben, daß der Erbe eines GmbH-Gesellschafters, der weder über eine qualifizierte Mehrheit noch über eine Sperrminorität verfügt, immer damit rechnen muß, in praktisch unbegrenzter Höhe zu Kapitalleistungen herangezogen zu werden, denn die Gesellschafter können Kapitalerhöhungen mit der Folge der Ausfallhaftung beschließen oder in der Satzung vorgesehene Nachschüsse plötzlich einfordern. Beitragspflichten dieser Art übersteigen die Nebenleistungsverpflichtungen an Gewicht aber u. U. erheblich, ohne daß eine entsprechende Anwendung des § 139 HGB hier in Frage kommt.

- 1) und nicht zuletzt auch die Mitgesellschafter wegen ihrer Ausfallhaftung nach § 24 GmbHG.

Außerdem ist zu berücksichtigen, daß der Gesellschaft als Nachlaßschuldnerin die Aufrechnung - wegen der vollstreckungsähnlichen Wirkung - versagt ist <sup>1)</sup> und aus ähnlichen Überlegungen die Durchführung des Kaduzierungsverfahrens wegen verzögerter Einzahlung auf eingeforderte Nachschüsse dem Nacherben gegenüber unwirksam sein könnte.

Nachlaßgläubigerin ist die Gesellschaft dann, wenn die mitgliedschaftlichen Verpflichtungen des Gesellschaftervorerben den Nachlaßverwaltungsschulden zugerechnet werden können. Nach allgemeiner Meinung jedoch ist der Vorerbe nicht uneingeschränkt zur Begründung von Nachlaßverwaltungsschulden berechtigt. Der Vorerbe kann diese nur eingehen und der Nacherbe muß diese nur dann als den Nachlaß belastend anerkennen, wenn sie sachlich mit Bezug auf den Nachlaß und vom Standpunkt eines sorgfältigen Verwalters im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung eingegangen worden sind (§§ 2120, 2130 BGB analog) <sup>2)</sup>. Das bedeutet: Ver-

---

1) RGZ 80, 30; Lange, 239; Palandt-Keidel, § 2115 BGB Bem. 1; Staudinger-Seybold, § 2115 BGB RZ 6.

2) Palandt-Keidel, § 2120 BGB Bem. 1; vgl. dazu auch oben S. 33/4.

Die Orientierung der Nachlaßverwaltungsschulden an den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung erscheint notwendig, um einer uferlosen Belastung des Nachlasses durch den Vorerben vorzubeugen. Die im Interessen der Substanzerhaltung aufgestellten Vorschriften, insbesondere § 2115 BGB, stünden sonst auf dem Papier.

pflichtungen, die der Vorerbe eingeht, sind nicht schon deswegen Nachlaßverwaltungsschulden, weil der Gegenstand, auf den sie sich beziehen, zur Vorerbschaft gehört <sup>1)</sup>. Hinzu kommen muß, daß die Eingehung dieser Verpflichtung vom Standpunkt ordnungsmäßiger Verwaltung erforderlich war.

Ob diese Einschränkung für die während der Dauer der Vorerbschaft in der Person des Vorerben neu entstehenden Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil gelten kann, erscheint zweifelhaft. Fordert die Gesellschaft Nachschüsse ein oder erhöht sie das Stammkapital (mit der Folge der Solidarhaftung des Gesellschaftervorerben nach § 24 GmbHG), so wäre die Qualifizierung dieser mitgliedschaftlichen Verpflichtungen als Nachlaßverwaltungsschulden erbrechtlich davon abhängig, ob die Kapitalzuführung nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung vertretbar erscheint. Dient sie der Finanzierung zweifelhafter Geschäftsausweitungen oder erscheint sie angesichts der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft riskant, wäre der Gesellschaft der Zugriff auf die Vorerbschaft versagt. Die Durchführung des Kaduzierungsverfahrens wegen verzögerter Einzahlung des Nachschußkapitals würde möglicherweise an § 2115 Satz 1 BGB scheitern.

Diese einschränkende Bestimmung von Inhalt und Umfang der Nachlaßverwaltungsschulden dürfte schon im Hinblick auf die gemäß § 25 GmbHG unabdingbaren Vorschriften der §§ 21 ff. GmbHG nicht haltbar sein.

---

1) Vgl. RGZ 90, 91, 96/7.

Hinzu kommt, daß eine Orientierung daran, ob die Eingehung der Verbindlichkeit im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung lag, nicht möglich ist, wenn der Vorerbe bei der Beschlußfassung über die Einforderung von Nachschüssen oder die Erhöhung des Stammkapitals seinen Einfluß nicht durchsetzen konnte und überstimmt worden ist. War die Verpflichtung zur Nachschußleistung bereits zu Lebzeiten des Erblassers in der Satzung zugelassen, so muß der Nachlaß ohnehin zumindest subsidiär für die Einzahlung aufkommen; die den Erblasser als Rechtsvorgänger belastende Verpflichtung (§§ 28, 22 GmbHG) trifft nach seinem Tode den Vorerben. Auch zur Erbringung von Nebenleistungen ist der Vorerbe nach dem Gesellschaftsvertrag ohne jede Einflußnahme zumindest dann verpflichtet, wenn der vererbte Anteil bereits mit der Nebenleistungsverpflichtung dieser Art belastet war.

Und selbst, wenn diese Verpflichtungen nachträglich mit Zustimmung des Vorerben in die Satzung aufgenommen wurden (§ 53 Abs. 3 GmbHG) oder seinem Stimmengewicht in der Gesellschafterversammlung ihre Entstehung verdanken, läßt sich ihre Qualifikation als Nachlaßverwaltungs schulden kaum bestreiten. Der Vorerbe ist zur freien Verfügung über alle Erbschaftsgegenstände mit Wirkung gegenüber dem Nacherben befugt (§ 2112 BGB). Diese Befugnis schließt die Ausübung der Mitverwaltungsrechte, insbesondere des Stimmrechts in der Gesellschafterversammlung, ein. Der Vorerbe kann daher mit Wirkung gegenüber dem Nacherben auch Satzungsänderungen beschließen, durch die neue mit-

gliedschaftliche Verpflichtungen (Nachschüsse, Nebenleistungen) erst eingeführt werden oder bestehende Verpflichtungen dieser Art aktualisiert werden. Aus der weitergehenden Verfügungsbefugnis des Vorerben wird aber notwendig auf eine entsprechend erweiterte Verpflichtungsbefugnis zu schließen sein - ein Gedanke, den das Gesetz für den Testamentsvollstrecker in § 2206 Abs. 1 Satz 2 BGB zum Ausdruck bringt <sup>1)</sup>.

Den Gefahren, die sich aus dieser erweiterten Verpflichtungsbefugnis des Vorerben für den Nachlaß ergeben, ist der Nacherbe nicht schutzlos ausgesetzt. Er kann von den außerordentlichen Sicherungsmitteln Gebrauch machen, insbesondere von dem Vorerben Sicherheitsleistung verlangen und, wenn diese nicht erbracht wird, Sequestration des Nachlasses beantragen (§§ 2128, 2129 BGB). Nebenleistungen, die den Nachlaß zu erschöpfen drohen, kann der Sequester dann vorzeitig kündigen <sup>2)</sup>. Mit dem

---

1) Auch der Testamentsvollstrecker ist gemäß § 2206 Abs. 1 Satz 1 BGB nur berechtigt, Verbindlichkeiten für den Nachlaß einzugehen, soweit die Eingehung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich ist. Der Tatsache, daß die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nach § 2205 Satz 2 BGB weiter reicht, trägt das Gesetz durch eine entsprechende Erweiterung der Verpflichtungsbefugnis Rechnung. Palandt-Keidel, § 2206 BGB Bem. 2.

2) Vgl. zu den Voraussetzungen: RGZ 128, 1, 16; Baumbach-Hueck, § 3 GmbHG Bem. 8 D; Scholz, § 3 GmbHG RZ 23. A.A. Hachenburg-Schilling, § 3 GmbHG Anm. 36.

Eintritt des Nacherbfalles stehen dem Nacherben überdies Ausgleichsansprüche zu.

Die während der Dauer der Vorerbschaft entstehenden mitgliedschaftlichen Verpflichtungen sind daher Nachlaßverwaltungsschulden. Es kommt nicht darauf an, ob ihre Eingehung im Rahmen ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses lag <sup>1)</sup>. Der Gesellschaft unterliegt damit die Vorerbschaft uneingeschränkt als Zugriffsobjekt (§ 2115 Satz 2 BGB).

d) Zulässigkeit haftungsbeschränkender Vereinbarungen

Da der Erbe für die Nachlaßverwaltungsschulden zugleich persönlich haftet, bleibt zu erörtern, ob er diese Haftung durch Vereinbarung mit der Gesellschaft (vertreten durch ihre Geschäftsführer) auf den Nachlaß beschränken kann. Dieser Frage kommt nicht nur theoretische Bedeutung zu: Denkbar ist, daß der Gesellschaftervorerbe seine Zustimmung zur Neueinführung mitgliedschaftlicher Verpflichtungen (§ 53 Abs. 3 GmbHG) gegenüber den Mitgesellschaftern davon abhängig macht, daß diese Verpflichtungen nur den Nachlaß belasten oder daß der beherrschende Gesellschaftervorerbe kraft seines Einflusses auf die Gesellschaft eine dahingehende Vereinbarung mit den Geschäftsführern herbeiführt.

---

1) Im Ergebnis ebenso bei Fortsetzung eines Einzelhandelsgeschäftes durch den Vorerben: BGHZ 32, 60, 66/7.

Erbrechtliche bestehen gegen die Zulässigkeit solcher Vereinbarungen keine Bedenken <sup>1)</sup>; gesellschaftsrechtlich gilt das hingegen nicht ausnahmslos. Es ist wie folgt zu differenzieren:

aa) Die Aufbringung und Erhaltung des Stammkapitals sucht das Gesetz im Interesse der Gesellschaftsgläubiger unter allen Umständen zu gewährleisten. Die Verpflichtung zur Leistung der übernommenen Stammeinlage sowie die Solidarhaftung nach den §§ 24, 31 Abs. 3 GmbHG sind unabdingbar und können den Gesellschaftern außer im Falle der Herabsetzung des Stammkapitals nicht erlassen werden (§§ 19 Abs. 2, 25, 31 Abs. 4 GmbHG). Diese Bestimmungen schließen selbstverständlich auch solche Vereinbarungen aus, die die Haftung qualitativ mildern <sup>2)</sup>, insbesondere die Zugriffsmöglichkeiten der Gesellschaft auf bestimmte Gegenstände oder Sondervermögen beschränken.

bb) Anders ist die Rechtslage im Hinblick auf die Erbringung von Nachschüssen und Nebenleistungen. Zwingende Rücksichtnahme auf die Interessen der Gesellschaftsgläubiger stehen hier nicht entgegen. Für die Nebenleistungsverpflichtungen ergibt sich diese Folgerung aus ihrem Charakter als "neben" der Hauptleistung (Stammeinlage) gegenüber der Gesellschaft übernommenen Verpflichtungen. Für die Verpflichtung zur

---

1) Vgl. dazu oben S. 39.

2) Baumbach-Hueck, § 19 GmbHG Bem. 3 B.

Einzahlung von Nachschüssen folgt das unmittelbar aus dem Gesetz. Einführung und Einforderung von Nachschüssen <sup>1)</sup> stehen im freien Belieben der Gesellschaft (§ 26 GmbHG), die Verpflichtung zur Einzahlung eingeforderter Nachschüsse unterliegt nicht dem Erlaß-, Stundungs- und Aufrechnungsverbot <sup>2)</sup>. Eine die Haftung des Vorerben auf den Nachlaß beschränkende Vereinbarung ist daher zulässig <sup>3)</sup>. Die gegenständlich beschränkte Haftung ist dem Gesetz auch nicht fremd. Ist die Nachschußpflicht nämlich nicht auf einen bestimmten Betrag beschränkt, so hat jeder Gesellschafter, der seine Stammeinlage vollständig eingezahlt hat, das unentziehbare Recht, sich von der Zahlung des auf den Geschäftsanteil eingeforderten Nachschusses durch Preisgabe des Geschäftsanteils "zu befreien", sog. Abandonrecht (§ 27 Abs. 1 GmbHG). Der Gesellschafterschuldner kann dadurch seine an sich unbeschränkte

- 
- 1) Vor der Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung über die Einforderung besteht kein Anspruch der Gesellschaft. - Baumbach-Hueck, § 26 GmbHG Bem. 2 B.
  - 2) RGZ 133, 297, 298; Baumbach-Hueck, § 26 GmbHG Bem. 3 A.
  - 3) Sie bevorzugt allerdings den Gesellschaftervorerben vor seinen Mitgesellschaftern. Haben sie der Vereinbarung nicht zugestimmt, wird ihr Recht auf Gleichbehandlung verletzt. Kann der eingeforderte Nachschuß aus der Vorerbschaft ganz oder teilweise nicht aufgebracht werden, können auch die Mitgesellschafter die Zahlung ganz oder teilweise verweigern. Vgl. Baumbach-Hueck, § 26 GmbHG Bem. 3 A; Scholz, § 26 GmbHG RZ 11; Hachenburg-Schmidt, § 26 GmbHG Anm. 12, 18 a.

Haftung "gegenständlich beschränken" <sup>1)</sup>.

Ergebnis:

Wegen der von dem Erblasser herrührenden Verpflichtungen aus dem Geschäftsanteil (Erblasserschulden) kann der Vorerbe seine Haftung auf den Nachlaß beschränken.

Die während der Dauer der Vorerbschaft neu entstehenden Verpflichtungen sind Nachlaßverwaltungsschulden, für die der Vorerbe grundsätzlich mit der Vorerbschaft und seinem Eigenvermögen haftet.

---

1) Staudinger-Weber, Einl. zu § 241 BGB Bem. K 19, S. 136.

Auch bei nur beschränkter Nachschußpflicht wird die statutarische Einführung des Abandonrechts für zulässig gehalten. Sudhoff, 139; Scholz § 27 GmbHG RZ 1; Hachenburg-Schilling, § 28 GmbHG Anm. 4.

D Vermögensrechtliche Rechtsstellung des Vorerben  
in der Gesellschaft

I. Nutzungsrecht des Vorerben und Grundsatz der dingli-  
chen Surrogation

Wesentlicher Inhalt der Berechtigung des Vorerben ist die Nutzung der Vorerbschaftsgegenstände. Das Gesetz spricht diese Berechtigung allerdings nur nebenbei an, indem es in § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB bestimmt:

"Zur Vorerbschaft gehört, was der Vorerbe aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts oder als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt, sofern nicht der Erwerb ihm als Nutzung gebührt."

Die Vorerbschaft bildet danach in der Hand des Vorerben ein durch den Grundsatz der dinglichen Surrogation geschütztes Sondervermögen. Davon nimmt das Gesetz nur die Nutzungen aus und weist diese dem Vorerben zur freien Verfügung zu <sup>1)</sup>. Sie unterliegen nicht dem Nacherbfall, der Vorerbe darf sie ohne Einschränkungen verbrauchen oder über sie verfügen.

Das gilt auch für im Übermaß gezogene Früchte, die ebenfalls frei verfügbares Eigentum des Vorerben sind und dies auch nach dem Eintritt des Nacherbfalles bleiben,

---

1) Ohne diesen Vorbehalt würden auch sie nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation sonst in die Erbschaft fallen.

für die der Vorerbe aber unter Umständen Wertersatz zu leisten hat (§ 2133 BGB) <sup>1)</sup>. Für den Vorerben ist daher von besonderem Interesse zu wissen, welchen Erwerb aus dem Geschäftsanteil er den Nutzungen zurechnen darf, für den Nacherben dagegen, welcher Erwerb als Surrogat in die Vorerbschaft fällt und mit dem Eintritt des Nacherbfalles auf ihn übergeht.

#### 1. Abgrenzung von Nutzung und Surrogat nach BGB

Eine nähere inhaltliche Umschreibung des Nutzungsbegriffes findet sich in den Vorschriften über die Vor- und Nacherbschaft nicht. Insoweit gelten die Bestimmungen des Allgemeinen Teiles des BGB. Nutzungen sind die Früchte einer Sache oder eines Rechts sowie die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt (§ 100 BGB). Früchte eines Rechts sind diejenigen Erträge, welche das Recht seiner Bestimmung ge-

- 
- 1) Der Wert der Übermaßfrüchte gebührt ihm nach dem Gesetz nur mit Einschränkungen. Hervorzuheben ist allerdings noch folgendes:

Wenn das Gesetz dem Vorerben die Nutzungen und selbstverständlich auch die Surrogate der Nutzungen zur freien Verfügung zuweist und von der Nacherbfolge ausnimmt, so hat der hier festgelegte Umfang der Vorerbschaft nur die Bedeutung einer Abgrenzung der Rechte zwischen Vor- und Nacherben. Der Vorerbe unterliegt im Hinblick auf die Nutzungen nicht den Beschränkungen, die das Gesetz sonst für die Vorerbschaftsgegenstände aufstellt.

Zugunsten der Nachlaßgläubiger sind dagegen auch die dem Vorerben gebührenden Nutzungen Bestandteile der Erbschaft mit der Folge, daß ihnen gegenüber der Vorerbe auch mit den Nutzungen verhaftet ist. Das ist für die Zeit nach Eintritt des Nacherbfalles in § 2145 Abs. 2 BGB ausgesprochen; für die Dauer der Vorerbschaft gilt nichts anderes (Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 11; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 Anm. 15).

mäß oder vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt (§ 99 Abs. 2, Abs. 3 BGB). Die Verteilung der Nutzungen zwischen nacheinander Nutznießungsberechtigten regelt § 101 BGB.

Ob ein Erwerb aufgrund eines Rechts "Frucht" ist, hängt mithin davon ab, ob der Ertrag bestimmungsgemäße Ausbeute ist. Was bestimmungsgemäße Ausbeute ist, richtet sich nach dem Inhalt des Rechts und umfaßt u. U. auch die Ausbeute, die sich als unwirtschaftliche Nutzung des Rechts darstellt (§ 2133 BGB), oder gar unter Eingriff in die Substanz gewonnen wird (Gewinnung von Bodenbestandteilen, § 99 Abs. 2 BGB). Das Recht selbst (also die "Muttersache") muß allerdings erhalten bleiben. Von einem bestimmungsgemäßen Ertrag kann jedenfalls nicht mehr gesprochen werden, wenn der Erwerb als Gegenwert für den Verlust oder die Aufgabe des Rechts selbst gemacht wird, also an die Stelle des Rechts selbst tritt.

Da der Geschäftsanteil als Inbegriff der mitglied-schaftlichen Rechte und Pflichten eine Vielzahl vermögensrechtlicher <sup>1)</sup> Ansprüche des Vorerben umfaßt, ist die Einteilung in Nutzungen einerseits und Surro-

---

1) Die Frage, ob und inwieweit die Mitverwaltungsrechte, insbesondere das Stimmrecht, Gebrauchsvorteile und damit Nutzungen des Geschäftsanteils darstellen, ist für die Vorerbschaft ohne Bedeutung, da der Vorerbe als wahrer Erbe die Rechtsstellung eines Gesellschafters innehat und deswegen auch zur Ausübung der Mitverwaltungsrechte befugt ist. - Für den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen ist diese Frage dagegen von erheblicher Bedeutung und entsprechend umstritten. Vgl. dazu Teichmann ZGR 1972, 1, 10 ff.; Peters, 15; Wiedemann, 408 ff. mit Nachweisen; Palandt-Danckelmann, § 100 BGB Bem. 1 einerseits, Palandt-Degenhart, § 1068 BGB Bem. 4 b andererseits.

gate andererseits nicht immer einfach durchzuführen. Sie wird vor allem dadurch erschwert, daß das BGB keine Regelung über Nutzungen oder Surrogate einer Sache oder Rechtsgesamtheit vorsieht, in den §§ 99, 100, 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB vielmehr nur auf die Nutzungen oder Surrogate einer einzelnen Sache oder eines einzelnen Rechts abstellt <sup>1)</sup>. Der Geschäftsanteil ist aber kein einzelnes subjektives Recht, sondern die Stellung des Gesellschafters im Rechtsverhältnis zur Gesellschaft <sup>2)</sup>. Die Bestimmungen des BGB über Nutzungen und Surrogate von Einzelgegenständen lassen sich daher allenfalls entsprechend auf diese Gesamtheit von Rechten und Pflichten anwenden.

## 2. Nutzungen

Die typische Nutzenziehung des Geschäftsanteils ist der Gewinnanspruch.

Die Gesellschafter haben nach Verhältnis ihrer Geschäftsanteile Anspruch auf den nach der jährlichen Bilanz sich ergebenden Reingewinn, soweit nicht im Gesellschaftsvertrag ein anderes bestimmt ist (§ 29 GmbHG). Die auf der Grundlage des Jahresabschlusses ermittelten und zur Verteilung kommenden Gewinnanteile sind die dem Geschäftsanteil eigentümliche jährliche Ausbeute, bestimmungsgemäßer Ertrag aus diesem Rechtsverhältnis und damit Frucht und Nutzung (§§ 100, 99 Abs. 2 analog;

---

1) Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 82/3; Bökelmann, 64 ff.

2) Vgl. § 16 Abs. 2 GmbHG "Gesellschaftsverhältnis"; Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 76; Hadding, Festschr. f. R. Reinhardt, 249 ("Mitgliedschaft in handelsrechtlichen Personalgesellschaften").

vgl. 101 Ziff. 2 Halbs. 2 BGB) <sup>1)</sup>.

Das Gesetz weist sie grundsätzlich dem frei verfügbaren Eigenvermögen des Vorerben zu (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB). Das gilt jedoch nicht uneingeschränkt.

#### a) Surrogation von Gewinnen

Der Gewinnanspruch gemäß § 29 GmbHG ist zunächst nicht mehr als ein aus der Mitgliedschaft fließender Anspruch auf Entwidmung vom Kapital. Ein fälliges Gläubigerrecht auf Auszahlung des Gewinnanteiles entsteht für den Gesellschafter erst, wenn Reingewinn in einer von den Geschäftsführern aufgestellten Jahresbilanz ausgewiesen ist (§ 41 GmbHG), diese Bilanz durch die Gesellschafterversammlung festgestellt ist und die Verteilung des Reingewinnes beschlossen wird (§ 46 Ziff. 1 GmbHG) <sup>2)</sup>.

Daraus folgt, daß der Vorerbe im Augenblick der Beschlußfassung über die Gewinnverteilung schon oder noch Gesellschafter sein muß, um gegen die

---

1) Als Ertrag des der Gesellschaft auf die Stammeinlage (i.d.R. vollständig) eingezahlten Kapitals lassen sich die Gewinnanteile (wie Darlehenszinsen, vgl. Palandt-Danckelmann, § 99 BGB Bem. 3 b) auch den mittelbaren Früchten des Geschäftsanteils zurechnen. Für eine Analogie gemäß § 99 Abs. 3 BGB Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 84.

Die h. M. sieht sie als unmittelbare "Rechts"früchte des Geschäftsanteils an. So für den Nießbrauch: Teichmann ZGR 1972, 1, 7/8; Murray, 18; Wiedemann, 403; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG Bem. 6 C; Scholz, § 15 GmbHG RZ 89; Hachenburg-Schilling, § 15 GmbHG Anh. I Anm. 18.

2) RGZ 87, 383, 386; 98, 318, 320; Murray, 18; Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 2 B; Scholz, § 29 GmbHG RZ 2, 3; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 3a.

Gesellschaft ein Gläubigerrecht auf Auszahlung der Gewinnanteile zu erwerben, das der Nacherbfolge nicht unterliegt. Das wird während der Dauer der Vorerbschaft regelmäßig der Fall sein<sup>1)</sup>. Für Beginn und Ende der Vorerbschaft ergeben sich jedoch folgende Abgrenzungen:

- aa) Tritt der Erbfall nach Ablauf des Geschäftsjahres, aber vor der Beschlußfassung über die Gewinnverwendung ein, so entsteht der Gewinnanspruch zwar unmittelbar in der Person des Vorerben.

Da der Erblasser aber im ganzen abgelaufenen Geschäftsjahr noch Gesellschafter gewesen ist, unterliegt diese Ausbeute aus der Zeit "seiner Berechtigung" der dinglichen Surrogation und fällt in den der Nacherbfolge unterliegenden Nachlaß<sup>2)</sup>. Denn das Gesetz nimmt von der Surrogation nur solche Nutzungen aus, die dem Vorerben "gebühren" (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 a.E. BGB). Die Gewinnanteile gebühren

- 
- 1) Veräußert der Vorerbe den Geschäftsanteil und ist in dem Kaufpreis eine der Dauer seiner Berechtigung entsprechende Dividende enthalten, so fällt dem Vorerben ein entsprechender Teil des Kaufpreises als Nutzung an, während der Kaufpreis im übrigen als Surrogat in die Erbschaft fällt. Vgl. RG JW 1913, 193; Soergel-F.Baur, § 101 BGB RZ 8.
- 2) Es kann sich dabei um Rückstände mehrerer Jahre handeln, wenn die Gewinnverteilung aus der Zeit des Erblassers Gegenstand langwieriger Anfechtungsstreitigkeiten der Gesellschafter war.

dem Vorerben aber nur zu einem der Dauer seiner Berechtigung entsprechenden Teil (§ 101 Ziff. 2 Halbs. 2 BGB).

Ist der Vorerbfall während der Dauer des Geschäftsjahres eingetreten, fällt ein der Dauer der Mitgliedschaft des Erblassers entsprechender Teil der Dividende in den Nachlaß, während der der Dauer der Mitgliedschaft des Vorerben entsprechende Teil Nutzung ist und frei verfügbares Vermögen des Vorerben wird (Teilung pro rata temporis).

Es werden mithin nicht alle Nutzungen aus Erbschaftsgegenständen frei verfügbares Vermögen des Vorerben <sup>1)</sup>.

- bb) Tritt später der Nacherbfall nach Ablauf des Geschäftsjahres, aber vor der Beschlußfassung über die Gewinnverwendung ein, so entsteht die Auszahlungsforderung in der Person des Nacherben als des jetzigen Gesellschafters. Der Vorerbe (oder dessen Erbe) hat aber einen schuldrechtlichen Ausgleichsanspruch gegen den Nacherben. Denn die Gewinnanteile für das abgelaufene Geschäftsjahr gebühren ihm noch zu einem der Dauer seiner Berechtigung entspre-

---

1) Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 10.

chenden Teil (§ 101 Ziff. 2 Halbs. 2 BGB) <sup>1)</sup>.

cc) Die gleichen Zuordnungs- und Verteilungsmaßstäbe gelten, wenn mit dem Geschäftsanteil Vorzugsrechte verbunden sind, wie das Recht auf den sog. Nachbezug, durch das dem vorzugsberechtigten Gesellschafter ein fester jährlicher Dividendensatz zugesichert ist und ihm für den Fall, daß in einem Geschäftsjahr diese Dividende nicht erreicht wird, ein Ergänzungsrecht aus den Ergebnissen der folgenden Jahre eingeräumt worden ist <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Auf den Zeitpunkt des Gewinnverteilungsbeschlusses kommt es für die Ausgleichspflicht nicht an. Für den Nießbrauch: RG JW 1913, 193; Gruch. 52, 1093; Wiedemann, 404; Fischer in Großkomm. zum AktG 37, § 52 Anm. 36.

Bei der Beschlußfassung über die Verwendung des Reingewinns wird der Nacherbe (etwa als alleiniger Gesellschafter) nicht ohne weiteres den Gewinn ganz oder zu einem überwiegenden Teil vortragen oder der freien Rücklage zuführen können, so daß der Vorerbe leer ausgeht. Der Vorerbe wird als Ausgleich von dem Nacherben grundsätzlich den nach Gesetz oder Satzung auszukehrenden Reingewinn (vgl. dazu Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 3 b, 4) fordern können. Vgl. auch Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 85 FN 22 a, unter Hinweis auf §§ 2123, 2134 BGB.

- 2) Vgl. zum Nachbezugsrecht: §§ 139, 140 AktG; Sudhoff, 283, 489; Hachenburg-Schilling, § 5 GmbHG Anm. 54. - Die Zulässigkeit der Begründung von Nachbezugsrechten wird bei der GmbH aus § 29 Abs. 2 GmbHG zu folgern sein.

Ob der Nachbezug, den der Vorerbe auf Gewinn-  
ausfälle des Erblassers macht, nach Surroga-  
tionsgrundsätzen in die Vorerbschaft fällt  
oder dem Vorerben als Nutzung gebührt, ist  
nicht einheitlich zu beantworten und hängt  
von dem Satzungsinhalt ab. Selbständiges  
und unselbständiges Nachbezugsrecht sind zu  
unterscheiden:

- a.1 Wird die Nachzahlung dem Gesellschafter des  
Ausfalljahres versprochen, so erwächst ihm  
mit dem Ausfall ein Anspruch, der nur noch da-  
durch bedingt ist, daß in einem späteren Ge-  
schäftsjahr Gewinn verteilt wird, sog. selb-  
ständiges Nachbezugsrecht. Der Ausfallanspruch  
wegen eines gewinnlosen Vorjahres aus der Zeit  
des Erblassers gehört bereits bei Eintritt des  
Erbfalles zur Vorerbschaft. Die darauf wäh-  
rend der Dauer der Vorerbschaft ausgezahlte  
Dividende fällt nach § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB  
als Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehö-  
renden Rechts in den Nachlaß und ist nicht et-  
wa Nutzung.

Dementsprechend hat der Vorerbe ein der Nach-  
erbfolge nicht unterliegendes Forderungsrecht  
auf Nachbezug gegen die Gesellschaft, wenn er  
während der Dauer der Vorerbschaft einen Aus-  
fall erleidet und Gewinn erst nach Eintritt  
des Nacherbfalles zur Verteilung kommt. Gläu-

biger des Nachbezugs sind der Vorerbe und dessen Erben, nicht der Nacherbe.

- a.2 Wurde die Nachzahlung dem Gesellschafter desjenigen Jahres versprochen, aus dessen Gewinn der Ausfall gedeckt werden soll, sog. unselbständiges Nachbezugsrecht, so wird dem Gesellschafter nach dem Inhalt des Nachbezugsrechts der Gewinnausfall früherer Jahre zwar nachvergütet, aber als Ertrag des abgelaufenen Geschäftsjahres gewährt. War der Vorerbe während des Geschäftsjahres Gesellschafter, so erwirbt er als Gesellschafter des Gewinnjahres auch die um einen Nachbezug aus den Jahren des Erblassers erhöhte Dividende zu einem der "Dauer seiner Berechtigung entsprechenden Teil". Der unselbständige Nachbezug aus der Zeit des Erblassers ist mithin Nutzung des Vorerben und unterliegt nicht der Nacherbfolge.

Entsprechend erwirbt der Nacherbe nach Eintritt des Nacherbfalles die um einen unselbständigen Nachbezug aus den Jahren des Vorerben erhöhte Dividende, ohne daß eine Ausgleichspflicht gegenüber dem Vorerben besteht, denn der Nachbezug ist Gewinnbestandteil desjenigen Jahres, in dem er ausgeschüttet wird.

b) Umfang des Gewinnanspruchs

Ertrag des Geschäftsanteils ist der nach der jährlichen Bilanz sich ergebende Anteil am Reingewinn (§ 29 GmbHG). Der bilanzmäßige Reingewinn als Grundlage der Gewinnausschüttung an die Gesellschafter erweist sich indessen lediglich als ein formaler Rechnungsposten in der Bilanzgleichung. Er ist der in einem festgestellten Jahresabschluß nach seinen Entstehungsquellen gesondert ausgewiesene Überschuß der Aktivposten über die Passivposten (§ 42 Ziff. 5 GmbHG) <sup>1)</sup>.

aa) Materiell deckt sich der bilanzmäßige Reingewinn regelmäßig nicht mit dem Geschäftsergebnis oder Betriebsgewinn der Rechnungsperiode, auf die er sich bezieht; denn er kann durch einen Verlustvortrag des vergangenen Jahres gemindert oder aber durch einen Gewinnvortrag oder durch die Auflösung offener Rücklagen und stiller Reserven erhöht sein. Es fallen dem Vorerben deswegen möglicherweise Gewinne an, die nicht während der Dauer seiner Berechtigung erwirtschaftet wurden; etwa dann, wenn (mit dem maßgeblichen Stimmengewicht des Vorerben) Gewinnvorträge, Rücklagen oder unbegründete Rückstellungen aus der Zeit des Erblassers aufgelöst und als Gewinne ausgeschüttet werden. Ob auch diese Gewinnanteile noch den "bestimmungsmäßigen Erträgen" zugerechnet werden können,

---

1) Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 1 B; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 3 b.

ließe sich möglicherweise deswegen bezweifeln, weil ihr Umfang durch aperiodische Faktoren beeinflusst wurde, die Gewinne faktisch bereits zu Lebzeiten des Erblassers erzielt wurden und mehr oder weniger doch nur "Buchgewinne" darstellen, deren Verteilung notwendig den Substanzwert des Geschäftsanteils mindert.

Das Maß dessen, was bestimmungsgemäßer Ertrag ist, richtet sich indessen nach dem Inhalt des der Nutznießung unterworfenen Rechts. Den Gewinnanspruch der Gesellschafter einer GmbH stellt das Gesetz nicht auf den Betriebsgewinn ab; Grundlage des Gewinnanspruchs ist vielmehr der bilanzierte Reingewinn, mag er auch aperiodische und außerordentliche Erträge enthalten oder gar auf die Herabsetzung des Stammkapitals zurückgehen<sup>1)</sup>.

Die Qualifizierung dieser Gewinnanteile als Nutzungen, die dem Vorerben gebühren, ist mit den Begriffsbestimmungen des BGB auch ohne weiteres vereinbar, denn das Gesetz hat bei der Abgrenzung zwischen Frucht und fruchttragendem Gegenstand auf das Merkmal der Gewinnung nach den Regeln ordnungsmäßiger Wirtschaft verzichtet<sup>2)</sup>. Es erkennt auch solche außerordentliche Erträge als Früchte an, die unter

---

1) Vgl. S. 73 FN 2

2) Ballerstedt, 35; Staudinger-Coing, § 99 BGB RZ 11.

Eingriff in die Substanz des fruchttragenden Gegenstandes gewonnen werden (vgl. §§ 99 Abs. 2, 2133 BGB) <sup>1)</sup>.

bb) Inhalt und Umfang des Gewinnanspruchs können durch die Satzung abweichend von dem gesetzlichen Normalstatut festgelegt werden (§ 29 GmbHG). Das Statut kann die Zahlung einer Zwischendividende <sup>2)</sup> oder die stärkere Berücksichtigung einzelner Geschäftsanteile bei der Gewinnverteilung vorsehen <sup>3)</sup>.

- 
- 1) Fraglich kann daher nur sein, ob der Vorerbe dem Nacherben gemäß § 2133 BGB Wertersatz zu leisten hat.
- 2) Vgl. dazu: RGZ 85, 43; Eder GmbHR 1969, 285; Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 2 C; Scholz, § 29 GmbHG RZ 24; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 16.
- 3) Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 3; Scholz, § 29 GmbHG RZ 21; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 19.
- Davon zu unterscheiden sind:
- a) formlos gültige Gewinnabreden der Gesellschafter untereinander, durch die der eine Gesellschafter dem anderen einen Teil des ihm an sich nach Gesetz und Statut zustehenden Gewinns überläßt (vgl. Sudhoff, 266; Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 3; Scholz, § 29 GmbHG RZ 19; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 19a). Solche Gewinnverteilungen unter den Gesellschaftern können ihren Grund darin haben, daß ein Gesellschafter eine Unterbilanz ausgeglichen hat und ihm die Mitgesellschafter anteilige Erstattung aus ihren Gewinnanteilen späterer Jahre zusagen (vgl. RGZ 101, 161). - Die dem Vorerben aufgrund einer solchen Vereinbarung gezahlte Dividende ist kein bestimmungsgemäßer Ertrag des Geschäftsanteils, weil die Zuwendungen aus dem Vermögen der Mitgesellschafter gemacht werden. Ob sie dem Eigenvermögen des Vorerben zuzurechnen sind oder als

## Die Zwischendividende wie ein erhöhter Gewinn-

---

Surrogat in die Erbschaft fallen, hängt davon ab, aus welchem Vermögen der Vererbe die korrespondierenden Aufwendungen gemacht hatte. Hat er die Unterbilanz mit Vorerbschaftsmitteln ausgeglichen, fallen die Gewinnanteile als Surrogat in die Erbschaft (§ 2111 Abs. 1 BGB).

- b) die sog. Dividendengarantie, nämlich die Zusage eines Dritten oder eines Mitgesellschafters, für einen Mindestbetrag der Dividende einzustehen. Solche Zusagen sind zulässig und haben besondere Bedeutung im Rahmen des Konzernrechts (vgl. § 304 Abs. 1 Satz 2 AktG, RefE GmbHG Vorbem. S. 385; Sudhoff, 273/4; Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 2 E; Scholz, § 29 GmbHG RZ 19; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 22). In der Vertragspraxis sind vor allem zwei Gestaltungen entwickelt worden, nämlich
  - aa) die sog. Rentabilitätsgarantie, bei der der Garant gegenüber der Gesellschaft die Gewähr für einen verteilbaren Reingewinn in bestimmter Höhe übernimmt, und
  - bb) die sog. Rentengarantie, bei der der Garant die Gewähr dafür übernimmt, daß die Gesellschafter eine bestimmte Rendite auf ihren Geschäftsanteil erhalten.

Die aufgrund einer Rentabilitätsgarantie ausgeschütteten Beträge entsprechen normalen Gewinnverteilungen und sind bestimmungsgemäße Erträge des Geschäftsanteils. - Schwieriger ist dagegen die Zuordnung der Bezüge aus einer Rentengarantie. Die Bezeichnung Dividendengarantie ist hier an sich irreführend, weil die Gesellschafter keinen Anteil am Reingewinn der Gesellschaft erhalten - dieser fehlt ja gerade -, sondern Zahlungen aus dem Vermögen des Garanten, die bei der Gesellschaft allenfalls einen Durchgangsposten bilden. Es handelt sich daher nicht um bestimmungsgemäße Erträge des Geschäftsanteils im Sinne von § 99 Abs. 2 BGB analog. Sie beruhen nicht auf der Mitgliedschaft, sondern auf einem besonderen schuldrechtlichen Vertrag mit dem Garanten. Die Dividendengarantie wird jedoch regelmäßig den jeweiligen Gesellschaftern gegeben und ist durch ihren Inhalt mit der Mitgliedschaft verknüpft. Die Bezüge lassen sich daher den sog. mittelbaren Rechtsfrüchten zuordnen, d.h. den Erträgen, welche der Geschäftsanteil "vermöge eines Rechtsverhältnisses gewährt". Eine gewisse Bestätigung für den Er-

bezug auf den Geschäftsanteil sind bestimmungsgemäße Erträge des Geschäftsanteils und fallen dem Vorerben als Nutzungen an mit der Folge, daß sie nicht der Nacherbfolge unterliegen.

cc) Aufgrund des Gesellschaftsvertrages kann den Gesellschaftern das Recht zur unentgeltlichen oder vorzugsweisen Benutzung von Einrichtungen der Gesellschaft eingeräumt sein <sup>1)</sup>. Handelt es sich um Naturalberechtigungen, so liegen zwar keine bestimmungsgemäße Erträge des Geschäftsanteils vor, wohl aber Gebrauchsvorteile (§ 100 BGB analog), die der Geschäftsanteil in der natürlichen Benutzung von Gegenständen des Gesellschaftsvermögens bietet.

c) Keine Nutzungen des Geschäftsanteils sind hingegen die Vergütungen für Nebenleistungen <sup>2)</sup>, weil die Verknüpfung mit der Kapitalleistung fehlt. Sie sind gleichwohl frei verfügbares Eigenvermögen des Vorerben und unterliegen auch nicht der Nacherbfolge, weil sie dem Vorerben als Gegenwert für seine Nebenleistungen gewährt werden.

Gleiches gilt für Vergütungen, die der Gesellschaftervorerbe als Aufsichtsratsmitglied oder als Geschäftsführer <sup>3)</sup>, sei es in Form einer erhöhten Dividende, sei es als vertragsmäßiges Entgelt, bezieht.

---

tragscharakter findet sich im Gesetz. Vgl. §§ 19 der 1. DurchfVO zur DividendenabgabeVO (RGBl. 1941, I 493), 20 Abs. 1 EStG.

1) Baumbach-Hueck, § 29 GmbHG Bem. 1A; Scholz, § 29 GmbHG RZ 23; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 23.

2) Wiedemann, 405

3) Beyer, 127

Diese Vergütungen sind, selbst wenn die Organstellung auf der Mitgliedschaft beruht und mit dem Geschäftsanteil verbunden ist, nicht bestimmungsgemäße Erträge des Geschäftsanteils; denn das Recht eines Gesellschafters auf Bekleidung einer Organstellung hat eine mit Rechten und Pflichten verbundene Dienstleistung zum Gegenstand, die von der Person des Gesellschafters nicht getrennt werden kann <sup>1)</sup>.

### 3. Surrogate

Für die Zuordnung der Surrogate stellt § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB verschiedene Tatbestände auf. Zur Vorerbschaft gehört, was der Vorerbe

1. aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechtes (sog. einfache Surrogation) oder
2. als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Erbschaftsgegenstandes oder
3. durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erwirbt (sog. Mittelsurrogation).

Diese Tatbestände sind zwar ausschließlich auf die Surrogation von Einzelgegenständen der Vorerbschaft zugeschnitten, ohne daß das Gesetz Sach- oder Rechtsgesamtheiten wie den Geschäftsanteil berücksichtigt. Hier wie in § 99 BGB <sup>2)</sup> ist der Begriff des "Rechts" indessen zu eng. Eine entsprechende Anwendung der Surrogationstatbestände auf Rechtsgesamtheiten wie die Mitgliedschaft bei der GmbH rechtfertigt sich aus dem

---

1) RGZ 170, 358, 369; Wiedemann, 405.

2) Soergel-F. Baur, § 99 BGB RZ 3.

Zweck der gesetzlichen Regelung, nämlich den Bestand der Erbschaft zugunsten des Nacherben zu sichern <sup>1)</sup>.

Zu den "einfachen" Surrogaten des Geschäftsanteils, d.h. dem Erwerb aufgrund dieses Rechtsverhältnisses (§ 2111 Abs. 1 Satz 1, 1. Altern. BGB analog), der nicht mehr Frucht und Nutzung ist, vielmehr als Ersatz an die Stelle des Mitgliedschaftsverhältnisses selbst tritt, zählt der Anspruch des Gesellschaftervorerben auf die Liquidationsquote (§ 72 GmbHG), auch soweit dieser den Betrag der übernommenen Stammeinlage übersteigt und nicht entnommene Gewinne des Unternehmens enthält <sup>2)</sup>. Der Überschuß ist nicht etwa Ertrag, der dem Vorerben gebührt, sondern Surrogat; denn was nicht als Periodengewinn ausgeschüttet worden ist, ist Kapitalzuwachs und fällt nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation in die Erbschaft (vgl. auch für die Prämie § 1083 Abs. 2 Satz 2 BGB).

Gleiches wie für den Anspruch auf die Liquidationsquote und ihren ausgezahlten Betrag gilt für andere Kapitalrückzahlungen an den Gesellschaftervorerben, nämlich das Amortisationsentgelt (§ 34 GmbHG), die Abfindung bei Austritt oder Ausschließung aus der Gesellschaft, den Anspruch auf den Überschuß aus dem Verkauf eines preisgegebenen Geschäftsanteiles (§ 27 Abs. 2 GmbHG), die Herabsetzung des Stammkapitals zum Zwecke

---

1) Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 88/9.  
Vgl. auch zur Analogie der Surrogationsvorschriften Lange, 536/7; Kipp-Coing, 221/2.

2) Weider, 49; Wiedemann, 403.

der Zurückzahlung von Stammeinlagen (§ 58 Abs. 2 GmbHG) sowie die Rückzahlung von Nachschüssen (§ 30 Abs. 2 GmbHG) <sup>1)</sup>.

In den zuletzt genannten Fällen der Stammkapitalherabsetzung und der Rückzahlung von Nachschüssen ließe sich dieses Ergebnis allerdings in Zweifel ziehen, weil der Geschäftsanteil, d.h. die mitgliedschaftliche Rechtsstellung, erhalten bleibt <sup>2)</sup>. Es verringert sich lediglich der Substanzwert des Geschäftsanteils. Diese Tatsache allein rechtfertigt es aber, wie sich aus § 99 Abs. 2 BGB ergibt, noch nicht ohne weiteres, den ausgeschütteten Beträgen die Qualifizierung als Nutzung abzusprechen.

Ertrag kann indessen nicht sein, was die Gesellschafter zuvor selbst aufgrund gesellschaftsrechtlicher Verpflichtungen als Einlagen eingezahlt haben und was nun, nach Entwidmung von dem Gesellschaftszweck, zurückgezahlt wird. Das gilt jedenfalls dann, wenn diese "Erträge" außerhalb einer Gewinnverteilung zur Ausschüttung gelangen und nicht den Posten Bilanzgewinn durch-

---

1) Hesselmann GmbHR 1959, 21, 22; Murray, 47 ff.; Wiedemann, 403; Feine, 409; Scholz, § 15 GmbHG RZ 89.

2) Das Verhältnis der Rechte zueinander bleibt unberührt. Nach h.M. führt die Herabsetzung des Stammkapitals auch nicht notwendig zur Herabsetzung der Nennbeträge der Geschäftsanteile. Baumbach-Hueck, § 58 GmbHG Bem. 1C; Scholz, § 58 GmbHG RZ 4; Brodmann, § 58 GmbHG Anm. 5; Feine, 622. A.A. Sudhoff, 103/4; Hachenburg-Schilling, § 58 GmbHG Anm. 7. Vgl. auch § 181 RefE GmbHG.

laufen, d.h. nicht als Bilanzgewinn ausgekehrt werden<sup>1)</sup>.

#### 4. Erhöhung des Stammkapitals

Zweifelhaft ist die Zuordnung neuer Geschäftsanteile zur Vorerbschaft oder zum Eigenvermögen des Vorerben, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital erhöht. Zu unterscheiden sind grundsätzlich zwei Fallgestaltungen: Die Gesellschaft kann ihr Stammkapital aus Gesellschaftsmitteln erhöhen. Die Gesellschafter erhalten auf diesem Wege neue Anteilsrechte, ohne daß sie eigene Mittel aufbringen müssen. Die alten Anteilsrechte bleiben ziffernmäßig unverändert. Fraglich ist daher, ob die neuen Geschäftsanteile unter diesen Umständen Ertrag der alten sind und damit Nutzungen, die dem Vorerben über den Nacherbfall hinaus verbleiben. Die gleiche Frage stellt sich, wenn die Gesellschaft ihr Stammkapital durch Zuführung von Fremdmitteln erhöht und

---

1) Letzteres ist bei Stammkapitalherabsetzung denkbar, wenn der Verwendungszweck darin besteht, einen höheren Gewinn zur Verteilung zu bringen (Scholz, § 58 GmbHG RZ 2), oder der freiwerdende Teil des Kapitals zunächst einer Rücklage zugeführt wird (Hachenburg-Schilling, § 58 GmbHG Anm. 3), die später gewinnerhöhend aufgelöst wird; die dieser Rücklage entnommenen Gewinne können als Bilanzgewinn ausgewiesen werden (RGZ 103, 367, 371) und stellen damit formal Gewinnanteile dar. Der Vorerbe ist allerdings dem Nacherben in diesem Falle zum Wertersatz gemäß § 2133 BGB verpflichtet.

- Die Zurückzahlung von Nachschüssen kann in der Weise erfolgen, daß der Gewinnverteilungsbeschuß die Verwendung des Gewinns als Nachschußrückzahlung vorsieht. Baumbach-Hueck, § 46 GmbHG Bem. 4; Scholz, § 46 GmbHG RZ 4; Hachenburg-Schmidt, § 46 GmbHG Anm. 17. Der aus Gewinnen zurückgezahlte Nachschuß fällt als Surrogat in die Erbschaft. Dem Vorerben dürfte aber ein Ersatzanspruch gegen den Nacherben zustehen, da der Vorerbe die Lasten der Erbschaft nicht aus seinem Eigenvermögen, zu dem auch die Nutzungen - Gewinnanteile - zu zählen sind, zu bestreiten braucht.

die Gesellschafter zur Zeichnung zuläßt. Mit dem Bezugsrecht verbindet sich regelmäßig ein erheblicher Vermögenswert, weil die neuen Anteile an den stillen und offenen Reserven der Gesellschaft teilnehmen. Es fragt sich daher, ob das Bezugsrecht deswegen Nutzung des Geschäftsanteils ist mit der Folge, daß der Vorerbe die neuen Geschäftsanteile zu frei verfügbarem Eigentum erwirbt, und zwar auch dann, wenn er zur Einzahlung Erbschaftsmittel verwendet, oder ob die neuen Anteile nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation in den Nachlaß fallen, auch dann, wenn der Vorerbe auf die zu leistenden Einlagen eigene Mittel einzahlt.

Bei der Beantwortung dieser Fragen ist nach den verschiedenen Fallgestaltungen zu differenzieren. Die geschilderten Formen der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln und Fremdmitteln haben formal zwar gemein, daß die Grundkapitalziffer erhöht wird. Die Tatsache, daß in dem einen Falle bereits vorhandenes Gesellschaftskapital in Nennkapital umgewandelt wird, also der Vorgang der "Aufbringung" des Kapitals (in der Regel aus zurückbehaltenen Gewinnen der Gesellschaft) bereits stattgefunden hat, während in den anderen Fällen neues Kapital aus Erbschafts- oder Eigenmitteln des Vorerben zugeführt wird, kann für die Beantwortung der Frage, wem die neuen Anteile zufallen, nicht ohne Bedeutung sein.

#### a) Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln

Die Kapitalerhöhung ohne Zuführung von Fremdmitteln kann rechtlich auf zwei verschiedenen Wegen durchgeführt werden, nämlich nach Maßgabe des Gesetzes über die Kapitalerhöhung aus Gesellschafts-

mitteln vom 23.12.1959 (KapErhG) durch Umwandlung freier Rücklagen in Nennkapital, sog. nominelle Kapitalerhöhung (§ 1 KapErhG), oder formal als Kapitalerhöhung aus Fremdmitteln; im letzteren Fall beschließt die Gesellschafterversammlung die Ausschüttung bestimmter Beträge als Gewinne an die Gesellschafter verbunden mit der Einräumung eines Bezugsrechtes und der sofortigen Wiedereinzahlung der Gewinnanteile als Leistung auf eine gleichzeitig beschlossene Kapitalerhöhung, sog. Doppelmaßnahme<sup>1)</sup>. Im folgenden soll zunächst die sog. nominelle Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln behandelt werden.

Im Hinblick auf die hier interessierende Frage, ob die neuen Geschäftsanteile den Nutzungen und damit dem Eigenvermögen des Vorerben zugeordnet werden können oder ob sie in die Nacherbschaft fallen, trifft das Gesetz selbst zwar keine eindeutige positive Regelung; in der Literatur zu dieser Frage wird den neuen Anteilen indessen nahezu einhellig der Nutzungscharakter abgesprochen. Sie werden den Surrogaten des Geschäftsanteils zugerechnet<sup>2)</sup>, allerdings nicht ohne Differenzierungen: Werde ein

---

1) So wurde die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln überwiegend vor Inkrafttreten des KapErhG erklärt. Vgl. Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. I, 1; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 207, Vorbem. RZ 1. Die Durchführung der Kapitalerhöhung auf diesem Wege ist selbstverständlich weiterhin zulässig, möglicherweise steuerlich sogar von Vorteil. Vgl. Flume DB 1964, 21, 22; Zintzen-Halft, 21, 24, 30; Lutter, 213; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. II.

2) Teichmann ZGR 1972, 1, 17; Geßler DNotZ 1970, 619, 639/40; Murray, 58/59; Wiedemann, 406/7. Für die AG: Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 5; Fischer in Groß-

nachweislich während der Dauer der Vorerbschaft angefallener Gewinn für die Kapitalberichtigung herangezogen, so seien die neuen Anteilsrechte insoweit den Nutzungen zuzurechnen, die dem Vorerben zufielen<sup>1)</sup>.

aa) Diese Differenzierung erscheint auf den ersten Blick im Verhältnis zwischen Vorerben und Nacherben sachgerecht, trägt sie doch offenbar dem Grundgedanken der gesetzlichen Regelung Rechnung, wonach die während der Dauer der Vorerbschaft erwirtschafteten Gewinne und deren Surrogate dem Vorerben gebühren.

Einer Überprüfung anhand der Bestimmungen des KapErhG hält sie indessen nicht Stand.

---

komm. zum AktG 37, Anh. I KapErhG § 13 RZ 17; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 6, 9, § 216 Anm. 13; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 17, 20, § 212 RZ 4, § 216 RZ 25.

Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 3; Soergel-F.Baur, § 1068 BGB RZ 8; Soergel-Ehard-Eder, § 2111 BGB RZ 4; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 Anm. 9. Vgl. auch BGHZ 58, 316, 319; KG OLGE 44, 96 = EFG 2, 155.

Zur Rechtslage vor Inkrafttreten des KapErhG: Rauch, II/III, 67 ff. mit eingehenden Literaturnachweisen.

- 1) Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 5; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 10, zur vergleichbaren Rechtslage nach der DividendenabgabeVO. Vgl. auch Rauch, II, III, 85/6 zur Rechtslage in den USA.

Ausgehend von der Theorie der sog. Doppelmaßnahme wurden die neuen Anteile als Gewinnsurrogate dem Nießbraucher zuerkannt von: Brodmann, ZBlHR 1927, 53, 56; Boesebeck ZBlHR 1929, 18; Staub-Pinner, § 279 HGB Anm. 2; Ritter, § 150 AktG Anm. 2b.

Als echte Gewinnsurrogate kann der Vorerbe die neuen Geschäftsanteile nämlich nicht für sich beanspruchen. Umwandlungsfähig sind nur freie, in der Bilanz als solche ausgewiesene Rücklagen (§ 2 KapErhG). Der in der letzten Jahresbilanz ausgewiesene Gewinn kann nicht unmittelbar in Kapital verwandelt werden; er muß zunächst die freien Rücklagen durchlaufen, bevor er einer Kapitalerhöhung zugrundegelegt werden kann. Damit ist aber der in eine Rücklage transformierte Gewinn für die Gesellschafter nicht mehr als Gewinn verfügbar und deshalb auch nicht als bestimmungsgemäßer Ertrag des Geschäftsanteils anzusehen <sup>1)</sup>.

- bb) Daraus folgt jedoch noch nicht zwangsläufig, daß den neuen Geschäftsanteilen von vornherein der Nutzungscharakter abgesprochen werden kann; denn die dafür in der Literatur gegebenen Begründungen erscheinen nicht durchweg überzeugend.

Zunächst einmal ist die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln mehr als eine reine Buchungsangelegenheit und bloße Kapitalumschichtung oder Vermögensberichtigung <sup>2)</sup>. Durch die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln werden - abgesehen von dem Sonderfall der Ausführung durch Erhöhung des Nennbetrages der alten Anteile (§ 12 Abs. 2 KapErhG) - verselbständigte "neue Anteilsrechte"

---

1) Vgl. BGHZ 58, 316, 320/1.

2) So aber: Murray, 58/59; v. Godin-Wilhelmi, § 207 AktG Anm. 2; Fischer in Großkomm. zum AktG 37, § 150 Anm. 8. - Dagegen: Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 207 Vorbem. RZ 9 ff.; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. II.

(§ 9 KapErhG) geschaffen. Diese entstehen nicht aus einer Abspaltung oder Teilung der alten Mitgliedschaftsrechte <sup>1)</sup>, zumindest nicht im Sinne einer Teilung gemäß § 17 GmbHG; denn Teilung bedeutet danach Zerlegung des Anteils in selbständige, nach einem Nennbetrag bezeichnete Stücke, deren Summe den Nennbetrag des ursprünglichen Anteils ausmacht. Bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln bleibt der Nennbetrag der alten Anteilsrechte unverändert.

Es werden zusätzlich neue Anteilsrechte geschaffen, für die die Gesellschafter der Gesellschaft aber keine eigenen Mitteln zuzuführen brauchen. Es liegt unter diesen Umständen durchaus nahe, die neuen Geschäftsanteile als Früchte der alten anzusehen. Mit dem Fruchtbegriff des § 99 Abs. 2 BGB wäre dieses Ergebnis jedenfalls nicht unvereinbar. Der Begriff des Ertrages ist nicht nur im Sinne von Betrag <sup>2)</sup> zu verstehen; er kann in dem Erwerb eines Rechts wie auch in einer Sachausbeute bestehen ("Gewinnung von Bodenbestandteilen", § 99 Abs. 2 BGB). Auf eine regelmäßige Wiederkehr des Bezuges kommt es nicht an (vgl. § 101 BGB). Zur "Bestimmung" des Geschäftsanteils könnte es schließlich gehören, anlässlich einer Kapitalerhöhung neue Anteilsrechte hervorzubringen (§ 9 KapErhG). Indessen begegnet diese Beurteilung dann ganz erheblichen Bedenken, wenn die

---

1) So aber: Geßler DNotZ 1960, 619, 629/40; Wiedemann, in Großkomm. zum AktG, § 216 Anm. 13.  
Vgl. auch Rauch, II, III, 89.

2) Die Auszahlung der Gewinnanteile hat bei der GmbH zwar regelmäßig in bar zu erfolgen. Zulässig und denkbar ist hingegen, daß die Auskehrung in Form von Sachleistungen erfolgt. Vgl. Scholz, § 29 GmbHG RZ 7; Hachenburg-Schmidt, § 29 GmbHG Anm. 7.

Kapitalerhöhung wegen des Vorhandenseins teileingezahlter Anteile durch Erhöhung des Nennbetrages der alten Anteile ausgeführt wird (§ 12 Abs. 2 KapErhG). Dem erhöhten Teil des Anteils kann wohl schwerlich Ertragscharakter beigelegt werden. Wird die Kapitalerhöhung aber durch Schaffung neuer, verselbständigter Anteilsrechte ausgeführt, so kann die Beurteilung im Ergebnis nicht anders ausfallen. Das ergibt sich in der Tat aus folgendem:

- cc) Die Schaffung der neuen, selbständigen Anteilsrechte erfolgt notwendig zu Lasten der alten, die zwar ziffernmäßig gleich bleiben, deren verhältnismäßige Beteiligung aber nicht nur am Vermögen, sondern auch an der Verwaltung der Gesellschaft (Stimmengewicht) zwangsläufig sinkt. Das KapErhG weist deswegen die neuen Anteilsrechte zwingend und unabdingbar den Gesellschaftern im Verhältnis ihrer bisherigen Anteile am Nennkapital zu. Ein entgegenstehender Beschluß, auch mit Zustimmung aller Gesellschafter gefaßt, ist nichtig (§ 9 KapErhG). Das Gesetz stellt überdies klar, daß das Verhältnis der mit den Anteilen verbundenen Rechte zueinander nicht berührt werden darf (§ 13 Abs. 1 KapErhG) <sup>1)</sup>.

---

1) Der zwingende Charakter der gesetzlichen Bestimmungen ist keine zwangsläufige und denknotwendige Folge der Rechtsnatur der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln. Auch andere Gestaltungsmöglichkeiten, insbesondere die Zuweisung der neuen Anteilsrechte an Dritte, wären rechtssystematisch durchaus möglich gewesen. Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 212 RZ 6 unter Hinweis auf § 204 Abs. 3. A.A. Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 212 Anm. 1.

Die Gesellschafter haben mithin nach dem KapErhG Anspruch auf eine unveränderte Erhaltung ihrer bisherigen Mitgliedschaftsstellung in der Gesellschaft. Mit diesem Inhalt betreffen die gesetzlichen Bestimmungen zwar nach ihrem Wortlaut nur das Verhältnis der Gesellschafter zueinander und zur Gesellschaft. Aus der unabdingbaren Gestaltung der gesetzlichen Regelung, die einer abweichenden Satzungsgestaltung oder rechtsgeschäftlichen Vereinbarung nicht zugänglich ist, wird indessen zu folgern sein, daß die neuen Anteilsrechte den Gesellschaftern auch in ihrem Verhältnis zu Dritten, also ungeachtet bestehender dinglicher Belastungen an den alten Geschäftsanteilen (Nießbrauch, Nutzungspfandrecht), zufallen und damit zu den Surrogaten zu rechnen sind. Fielen die neuen Anteilsrechte dem Nießbraucher oder Nutzungspfandgläubiger als Nutzungen an, so wäre das Recht des Gesellschafters auf eine unveränderte Erhaltung seiner Mitgliedschaftsstellung in der Gesellschaft verletzt und die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln für ihn unter Umständen mit so entscheidenden Substanzeinbußen wie dem Verlust qualifizierter Mehrheiten, der Sperrminorität oder von Minderheitsrechten verbunden, und zwar endgültig, auch für die Zeit nach Beendigung des Nießbrauchs <sup>1)</sup>.

---

Der Gleichbehandlungsgrundsatz, auf den in der Literatur im Zusammenhang mit der gesetzlichen Regelung abgehoben wird (vgl. Baumbach-Hueck, Anh. nach § 57 GmbHG, § 9 KapErhG Bem. 1), ist nicht zwingend und vor allem einer Durchbrechung mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters zugänglich.

1) Rauch, II/III, 98; Wiedemann, 406.

Bei der Vorerbschaft würde diese Folge, zunächst durch die Rechtsstellung des Vorerben als Gesellschafter noch formal verdeckt, spätestens mit dem Nacherbfall <sup>1)</sup> eintreten und den Nacherben damit um wesentliche Teile der Nachlaßsubstanz bringen, was mit dem Grundgedanken, auf dem die Abgrenzung der Rechte von Vor- und Nacherben beruht, nicht zu vereinbaren wäre <sup>2)</sup>. Eine von dem Erblasser gerade nicht gewünschte Überfremdung der Gesellschaft könnte die weitere Folge sein; denn die neuen Anteilsrechte würden als Nutzungen mit dem Eigenvermögen des Vorerben auf seine gesetzlichen oder gewillkürten Erben übergehen.

Die Qualifizierung der neuen Anteilsrechte als Nutzungen wäre bei der Vorerbschaft im übrigen mit ganz besonderen Gefahren für den Nacherben verbunden. Durch die Ausübung des Stimmrechts kann der Gesellschaftervorerbe auf die Willensbildung der Gesellschaft Einfluß nehmen. Als Allein- oder Hauptgesellschafter wäre es ihm bei einer gut florierenden GmbH ohne weiteres möglich, laufend Rück-

- 
- 1) Ganz abgesehen davon, daß die neuen Anteilsrechte dem uneingeschränkten Zugriff der Eigengläubiger des Vorerben ausgesetzt wären.
  - 2) Auch nicht, wenn der Erblasser den Vorerben befreit hat. Anders offenbar: Rauch, II/III, 90.  
- Aber der Erblasser kann den Vorerben nicht von dem Surrogationsprinzip, um dessen Anwendung es hier geht, Befreiung erteilen.

lagen zu bilden und sich während der Dauer der Vorerbschaft durch mehrere, aufeinanderfolgende Kapitalerhöhungen völlig legal und ordnungsgemäß Anteilsrechte zur freien Verfügung zuzuweisen <sup>1)</sup>. Gerade bei besonders wertvollen Beteiligungen wäre der Nacherbe ohne gesetzlichen Schutz. Das kann nicht richtig sein.

- dd) Außerdem verletzt eine Qualifizierung der neuen Anteile als Surrogate der alten Geschäftsanteile die berechtigten Interessen des Vorerben nicht nachhaltig. Das ergibt sich aus folgendem: Die GmbH ist kraft Gesetzes nicht verpflichtet, freie Rücklagen zu bilden. Die Gesellschafter haben nach § 29 GmbHG Anspruch auf Ausschüttung des vollen, um Rücklagen nicht gekürzten Bilanzgewinnes. Die Bildung freier Rücklagen kann daher nur auf einem übereinstimmenden Beschluß der Gesellschafterversammlung beruhen; in diesen Fällen hat der Vorerbe freiwillig zugunsten der Erbschaftssubstanz auf die volle Nutzung des Geschäftsanteiles verzichtet und kann schon deswegen die neuen Geschäftsanteile nicht als Gewinnsurrogate beanspruchen.

---

1) Zu welchen Verschiebungen es unter Umständen in Extremfällen kommen könnte, zeigt anschaulich die Entscheidung des KG in OLGE 44, 96 = JFG 2, 155. Die betreffende GmbH, deren Anteile zur Vorerbschaft gehörten, hatte ihr Stammkapital während der Inflationszeit in wenigen Jahren um das zwanzigfache erhöht. Den Nutzungscharakter der neuen Anteile unterstellt war 19/20 der ursprünglichen Beteiligung an der GmbH zu Eigenvermögen des Vorerben geworden. - Die Entscheidung ist allerdings nicht in vollem Umfang einschlägig. Ein Viertel des Nennbetrages wurde durch Einzahlung aufgebracht. Vgl. auch Rauch, II/III, 88/9.

Soweit die Bildung von Rücklagen satzungsmäßig vorgeschrieben ist oder die Gewinnverwendung in das freie Ermessen der Gesellschafterversammlung gestellt ist und die Überführung von Bilanzgewinnen in die Rücklagen (evtl. gegen die Stimme des Vorerben) beschlossen wird, ist sein Gewinnanspruch von vornherein mit dieser Maßgabe eingeschränkt.

Diese Minderungen seines Nutzungsrechts muß der Vorerbe hinnehmen. Die damit verbundene Vermögenseinbuße wiegt auch nicht besonders schwer; denn die neuen Geschäftsanteile unterliegen ihrerseits als zur Vorerbschaft gehörig seinem Nutzungsrecht. Bleibt die Dividende absolut genommen konstant, so berührt das seine Vermögensinteressen nicht, weil er ja auch auf die neuen Geschäftsanteile Dividende bezieht, der Ertrag somit gleichbleibt. Gelingt es der Gesellschaft auch weiterhin, Dividende in Höhe des alten Prozentsatzes auszuschütten, so fallen dem Vorerben dementsprechend mehr Dividenden auf das erhöhte Stammkapital an. Die vermögensrechtlichen Vorteile der neuen Geschäftsanteile genießt der Vorerbe daher ohne weiteres mit.

- ee) Sind die neuen Geschäftsanteile gesellschaftsrechtlich (§§ 9, 13 KapErhG) den Surrogaten der alten Geschäftsanteile zuzurechnen, so fragt es sich doch, welcher der drei dinglichen Surrogationsbestände des § 2111 Satz 1 BGB hier bei der Zuordnung zum Nachlaß entsprechend herangezogen werden kann. Zu denken ist in erster Linie an die sog. einfache Surrogation, den Erwerb auf-

grund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts (§ 2111 Abs. 1 S. 1, 1. Altern. BGB). Darunter fällt regelmäßig das, was unmittelbar durch Verwirklichung des Rechts erworben wird, insbesondere der Gegenstand einer Forderung. Nicht notwendig ist jedoch, daß das Recht, das den Erwerb hervorbringt, dadurch in seinem Bestand berührt wird, insbesondere aufgezehrt wird. Auch der kraft Gesetzes erfolgende Zuerwerb (An- und Zuwachs) ist hierher zu rechnen <sup>1)</sup>. Der ererbte Geschäftsanteil ist zwar kein einzelnes "Recht" wie vom Gesetz bei der sog. einfachen Surrogation vorausgesetzt ist. Es dürfte indessen richtig sein, auf den Zuerwerb der neuen Geschäftsanteile, der sich ipso iure nach § 9 KapErhG vollzieht, § 2111 Abs. 1 Satz 1, 1. Altern. BGB entsprechend anzuwenden <sup>2)</sup>. Ein Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Nachlasses (§ 2111 Abs. 1, S. 1, 3. Altern. BGB) erscheint zweifelhaft, weil anlässlich der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise keine Nachlaßmittel aufgewandt werden, und - abgesehen von der Beschlußfassung über die Kapitalerhöhung - keine rechtsgeschäftliche Mitwirkung der Gesellschafter durch Zeichnung, Bezugserklärung oder besondere Kapitalübernahme erforderlich ist <sup>3)</sup>.

---

1) Etwa durch Verbindung, Vermischung gemäß §§ 946 ff. BGB. Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2 a.

2) Das gilt erst recht, wenn die Kapitalerhöhung durch Erhöhung des Nennbetrages durchgeführt worden ist (§ 12 Abs. 2 KapErhG).

3) Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 212 RZ 3. Das KG JFG 2, 155 = OLGE 44, 96, 97 nahm Mittelsurrogation an. Die neuen Geschäftsanteile seien wirtschaftlich betrachtet mit den alten bezahlt worden.

ff) Zuerwerb von Teilrechten

Nicht immer führt die Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln dazu, daß auf die alten Geschäftsanteile volle Anteilsrechte entfallen, die durch zehn teilbar sind und auf mindestens DM 50,- gestellt sind. Auf einzelne Gesellschafter entfallen mitunter Spitzenbeträge, die zur Bildung neuer Anteilsrechte nicht ausreichen. Es entstehen in diesen Fällen nur Teile eines neuen Anteilsrechts, sog. Teilrechte (§ 10 Abs. 1 KapErhG). Diese Teilrechte sind zwar veräußerlich und vererblich, gehören mithin nach den vorstehend ausgeführten Grundsätzen zur Vorerbschaft und unterliegen der Nacherbfolge, gewähren jedoch für sich keine Rechte gegenüber der Gesellschaft, sondern bedürfen der Ergänzung durch entsprechende Teilrechte, bis sich ein den Vorschriften des Kapitalerhöhungsgesetzes entsprechendes volles Anteilsrecht ergibt. Diese Ergänzung kann im Wege des rechtsgeschäftlichen Zuerwerbs erfolgen.

Erwirbt der Vorerbe Teilrechte, die zusammen ein volles Anteilsrecht ergeben, mit Mitteln der Erbschaft, so werden auch die neuen Teilrechte zur Erbschaft gezogen (§ 2111 S. 1, 3. Altern. BGB), das neue Anteilsrecht unterliegt in vollem Umfange der Nacherbfolge. - Anders, wenn der Vorerbe in Ermangelung von Nachlaßmitteln oder im Interesse einer eigenen günstigen Kapitalanlage noch benötigte Spitzen mit Eigenmitteln erwirbt.

Mit dem Erwerb einander ergänzender Teilrechte durch den Vorerben entsteht zwar unter Verlust der Selbständigkeit der Teilrechte in der Hand

des Vorerben ein volles Anteilsrecht, aber der von dem Vorerben mit Eigenmitteln erworbene Teil dieses Anteilsrechts wird nicht nach Surrogationsgrundsätzen zur Erbschaft gezogen, sondern bleibt Teil des dem Vorerben gehörenden Eigenvermögens.

Mit dem Eintritt des Nacherbfalles steht das Anteilsrecht dem Vorerben oder seinen Erben und dem Nacherben ungeteilt als Mitberechtigten in Rechtsgemeinschaft (§§ 741 ff. BGB, 18 GmbHG) zu. Die Höhe der den Teilhabern zustehenden Anteile bestimmt sich abweichend von § 742 BGB nach dem Verhältnis der früheren Teilrechte zueinander.

b) Kapitalerhöhung durch Zuführung von Fremdmitteln

Die Gesellschaft kann ihr Stammkapital durch Übernahme weiterer Stammeinlagen erhöhen (§ 55 Abs. 1 GmbHG).

Ein gesetzlich geregeltes Bezugsrecht der Gesellschafter kennt das GmbHG in der geltenden Fassung nicht <sup>1)</sup>.

Die Gesellschafter haben kein unentziehbares Recht auf Beibehaltung der bisherigen Beteiligungsverhältnisse <sup>2)</sup>. Die Gesellschaft kann zwar die bisherigen

---

1) § 161 RefE GmbHG sieht dieses vor. In der Begründung (S. 324) wird zu Recht hervorgehoben, daß bei der engen persönlichen Bindung der Gesellschafter an die GmbH in noch stärkerem Maße als bei der Aktiengesellschaft noch Bedürfnis dafür bestehe, daß sich jeder Gesellschafter mit einem seiner bisherigen Beteiligung entsprechenden Anteil an dem neuen Kapital beteiligen kann.

2) Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 8.

Gesellschafter, aber auch Dritte zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zulassen (§ 55 Abs. 2 GmbHG); in der EntschlieÙung darüber, wen sie zulassen will, ist die grundsätzlich frei <sup>1)</sup>.

In dieser Freiheit kann die Gesellschaft allerdings durch ein statutarisches Bezugsrecht der Gesellschafter, durch den Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses oder durch eine vertragliche Zusicherung des Bezugsrechts <sup>2)</sup> eingeschränkt sein. Werden Gesellschafter als solche zugelassen, so muß der Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet werden; die Gesellschaft kann also nicht nur einzelne Gesellschafter zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zulassen, andere ohne ihre Zustimmung ausschließen, sofern das nicht sachlich gerechtfertigt ist <sup>3)</sup>.

Diese unterschiedliche Rechtsstellung der Gesellschafter einer GmbH anläßlich der Kapitalerhöhung aus Fremdmitteln kann im folgenden bei Beurteilung der Frage nicht unberücksichtigt bleiben, ob der von dem Gesellschaftervorerben erworbene neue Geschäftsanteil der Vorerbschaft oder seinem Eigenvermögen

- 
- 1) Zöllner, 247; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 55 GmbHG RZ 10; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 5.
  - 2) Vgl. dazu Skibbe GmbH 1963, 46, 47; Scholz, § 55 GmbHG RZ 12; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 22. - § 162 RefE GmbHG sieht auch hierzu eine positive Regelung vor.
  - 3) OLG Stuttgart JR 1955, 463; Götz Hueck, 345; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 55 GmbHG RZ 10; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 5, 8. - Der Grundsatz der Gleichbehandlung bewirkt andererseits nicht den gleichen Erfolg wie das gesetzliche Bezugsrecht bei der AG, da er durch eine allgemeine Nichtzulassung der Gesellschafter nicht verletzt wird. Mißverständlich daher: Rauch, I, 186.

zuzuordnen ist. Zu unterscheiden ist zunächst, ob der Erwerb des neuen Geschäftsanteils auf der Innehabung alter Geschäftsanteile, also der Mitgliedschaft, beruht oder nicht.

aa) Bezug ohne mitgliedschaftliches Bezugsrecht

Wird der Gesellschaftervorerbe von der Gesellschaft zur Übernahme der neuen Stammeinlage unter Voraussetzungen zugelassen, unter denen die Gesellschaft die neuen Geschäftsanteile Dritten zuteilen kann (§ 55 Abs. 2 GmbHG) <sup>1)</sup>, steht der Erwerb des neuen Geschäftsanteils nicht mit dem zur Vorerbschaft gehörenden Anteil in Zusammenhang. Der neue Geschäftsanteil ist daher dem Eigenvermögen des Vorerben zuzuordnen, wenn der Gesellschaftervorerbe die Stammeinlage aus seinen frei verfügbaren Mitteln, zu denen auch die Nutzungen der Vorerbschaft zählen, leistet und damit eigenes Kapital in der Gesellschaft anlegt. Der Bezug auf die Vorerbschaft und deren Verwaltung fehlt. Die Rechtslage ist nicht anders zu beurteilen als bei dem freihändigen rechtsgeschäftlichen Erwerb von Geschäftsanteilen der Mitgesellschafter oder dem Zuerwerb von Teilrechten anlässlich einer Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln <sup>2)</sup>.

---

1) Das ist denkbar, wenn die Gesellschaft zur Finanzierung von Geschäftsausweitungen auf die Zuführung von Kapital angewiesen ist, die Gesellschafter aber zur Übernahme der neuen Stammeinlagen weder bereit noch in der Lage sind und der Gesellschaftervorerbe deswegen allein oder neben Dritten eine neue Stammeinlage übernimmt.

2) Vgl. dazu S. 99/100.

Der Vorerbe begründet durch die Übernahme der neuen Stammeinlage eine reine Eigenverbindlichkeit, die den Nachlaß nicht belastet, mit der Folge, daß der Gesellschaft auch die zwangsweise Durchsetzung ihrer Rechte auf Kosten der Vorerbschaft versagt ist (§ 2115 BGB) <sup>1)</sup>. Leistet der Vorerbe die Einzahlung allerdings ganz oder teilweise aus Vorerbschaftsmitteln, so fällt der Geschäftsanteil insoweit mit der Zahlung <sup>2)</sup> in die Vorerbschaft (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 3. Altern. BGB, sog. Mittelsurrogation) <sup>3)</sup>.

- 
- 1) Es sei denn, daß der Vorerbe mit der Übernahme der neuen Stammeinlage eine Nachlaßverbindlichkeit begründen wollte und unter Berücksichtigung ordnungsmäßiger Verwaltung für die Vorerbschaft auch begründen durfte, etwa um eine qualifizierte Beteiligung an der GmbH zu erwerben. Der neue Geschäftsanteil gehört unter diesen Umständen von Anfang an zur Vorerbschaft.

Andernfalls könnte die Gesellschaft nur über die Gemeinhaltung der Gesellschafter gemäß § 24 GmbHG auf den Nachlaß zugreifen. Diese Ausfallhaftung würde den Vorerben in seiner Stellung als Gesellschafter des zur Vorerbschaft gehörenden Anteils treffen und auch den Nachlaß belasten. Vgl. dazu oben S. 65/66.

- 2) Durch die Mittelsurrogation wird der Geschäftsanteil erst im Augenblick der tatsächlichen Aufwendung von Nachlaßmitteln erfaßt und zur Vorerbschaft gezogen. Vgl. Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2 b.
- 3) Das gilt auch für den befreiten Vorerben. Dieser darf zwar auch reine Eigenverbindlichkeiten mit Erbschaftsgeld bezahlen, ohne zum Wertersatz verpflichtet zu sein, wenn der Erblasser von § 2134 BGB Befreiung erteilt hat. Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb mit Vorerbschaftsmitteln fällt jedoch auch bei dem befreiten Vorerbe in die Vorerbschaft, da der Erblasser von dem Grundsatz der dinglichen Surrogation keine Befreiung erteilen kann (§ 2136 BGB, e contrario). Palandt-Keidel, § 2136 BGB Bem. 4; Staudinger-Seybold, § 2136 BGB RZ 5; Jo-hannsen in BGB-RGRK, § 2136 BGB Anm. 3.

Vorerbschaftsfrei kann der Erwerb eines neuen Geschäftsanteils ferner dann sein, wenn dem Vorerben durch das Statut ein höchstpersönliches Bezugsrecht <sup>1)</sup> etwa wegen seiner Verdienste um die Gesellschaft eingeräumt worden ist oder das Bezugsrecht des Vorerben außerhalb der Satzung durch eine vertragliche Zusage der Gesellschaft oder durch den Kapitalerhöhungsbeschluß begründet worden ist oder durch Zession von den Mitgesellschaftern aus Eigenmitteln erworben worden ist. Das Bezugsrecht beruht in diesen Fällen nicht auf der Mitgliedschaft <sup>2)</sup>, es gehört daher nicht zum Nachlaß. Das gilt auch von dem aufgrund dieses Bezugsrechts neu erworbenen Geschäftsanteil, es sei denn, daß der Vorerbe Erbschaftsmittel zur Leistung der Stammeinlage verwendet (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB, sog. Mittelsurrogation <sup>3)</sup>). Im letzteren Falle tritt je nach dem Umfang des

---

1) Vgl. RGZ 97, 239; Erman-Bartholomeyczik, § 1922 BGB Bem. 5 K. § 162 Abs. 1 RefE GmbHG.

2) Die vertragliche Zusicherung des Bezugsrechts durch die Gesellschaft wird gerade davon abhängig gemacht, daß die Mitgliedschaftsrechte der Gesellschafter anläßlich der Kapitalerhöhung nicht berührt werden, was nur mit ihrer Zustimmung möglich ist. Vgl. Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 22, § 53 GmbHG Anm. 7.

3) Die Mittelsurrogation greift auch dann ein, wenn das Bezugsrecht des Gesellschaftervorerben höchstpersönlicher Natur ist. Die Surrogation ist zwar rechtlich ausgeschlossen, wenn der Erwerb mangels Übertragbarkeit nicht von der Person des Handelnden gelöst werden kann wie bei dem Nießbrauch oder der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Lange, S. 533. Der erworbene Geschäftsanteil selbst ist jedoch, ungeachtet der höchstpersönlichen Natur des Bezugsrechts, kraft Gesetzes übertragbar und vererblich (§ 15 Abs. 1 GmbHG).

Nachlaßaufwandes Teil- oder Vollsurrogation ein, ohne Rücksicht auf die gewollte Erwerbsrichtung und einen entgegenstehenden Willen <sup>1)</sup> des Vorerben. Die Anwendung der Mittelsurrogation rechtfertigt sich auch bei dem Bezug aufgrund eigenen, unter Umständen höchstpersönlichen Rechts des Vorerben aus dem Schutzgedanken des Surrogationstatbestandes, nämlich den Nachlaß zu erhalten und an die Stelle des Weggegebenen mit dinglicher Wirkung das Erlangte treten zu lassen. Der Nacherbe soll nicht auf einen ungesicherten, persönlichen Geldanspruch gegen den Vorerben (§§ 2134, 2138 Abs. 2 BGB) verwiesen sein.

Tritt der Vorerbe das ihm persönlich zustehende Bezugsrecht ab <sup>2)</sup>, so fällt der Gegenwert in vollem Umfang in sein Eigenvermögen.

#### bb) Mitgliedschaftliches Bezugsrecht

Schwieriger ist die Rechtslage, wenn dem Gesellschaftervorerben anläßlich einer Kapitalerhöhung gegen Bareinlagen ein auf seiner Mitgliedschaft beruhendes Bezugsrecht erwächst, sei es, daß die Satzung allen Gesellschaftern in Anknüpfung an die gesetzliche Regelung des Aktienrechts (§ 186 AktG) <sup>3)</sup> oder nur den jeweiligen Inhabern bestimm-

---

1) Dieser hat in § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB keine Berücksichtigung gefunden, wie z.B. in anderen Surrogationsbestimmungen; vgl. §§ 1646 BGB, 1381 BGB a.F.; Feist, 21/2 FN 1

2) Zur Zulässigkeit und Form: Skibbe GmbH 1963, 46, 48. - § 161 Abs. 2 RefE GmbHG schließt die selbständige Abtretbarkeit des Bezugsrechts aus.

3) Vgl. auch § 161 RefE GmbHG.

ter Geschäftsanteile <sup>1)</sup> ein solches Bezugsrecht gewährt, sei es, daß der Kapitalerhöhungsbeschluß die Gesellschafter nach Verhältnis ihrer bisherigen Beteiligung am Stammkapital zur Übernahme der neuen Einlagen zuläßt oder die Berechtigung der Gesellschafter zur Teilnahme an der Kapitalerhöhung in dem Gleichheitsgrundsatz <sup>2)</sup> ihre Grundlage hat <sup>3)</sup>.

- a.1) Regelmäßig hat das Bezugsrecht einen rechnerischen Wert, denn die neuen Geschäftsanteile nehmen an den stillen und offenen Reserven der Gesellschaft teil. Es fragt sich daher, ob das Bezugsrecht deswegen Nutzung des alten Geschäftsanteils ist. Wäre diese Frage zu bejahen, so würde auch das auf der Mitgliedschaft beruhende Bezugsrecht von vornherein zu dem frei verfügbaren Eigenvermögen des Vorerben gehören, die Rechtslage in Bezug auf die Verwertung durch Ausübung oder Abtretung des Rechts wäre in Übereinstimmung mit den vorstehenden Ausführungen zu beurteilen.

---

1) Vgl. auch § 162 RefE GmbHG

2) Vgl. dazu S. 101 FN 2

3) Auch die aus dem Gleichheitsgrundsatz folgende Berechtigung der Gesellschafter zur Übernahme der neuen Geschäftsanteile beruht auf der Mitgliedschaft und ist den aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechten zuzuordnen. Vgl. auch Skibbe GmbHR 1963, 46.

Wenn auch zwischen der Ausgabe sog. Gratisanteile einerseits und dem Bezugsrecht mit rechnerischem Wert andererseits mehr als nur ein gradueller Unterschied besteht, weil im letzteren Falle Fremdmittel aufgebracht und der Gesellschaft zugeführt werden müssen, so werden doch bei der Beurteilung der Frage, ob das Bezugsrecht den Nutzungen des Geschäftsanteils zuzuordnen ist oder nicht, ähnliche Überlegungen mit im wesentlichen gleichen Ergebnissen wie bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln angestellt.

- a.2) In der Rechtsprechung und dem neueren Schrifttum wird dem Bezugsrecht ebenso wie dem sog. Gratisanteil nahezu einhellig der Nutzungsscharakter abgesprochen <sup>1)</sup>; es wird den Surrogaten

---

1) Vgl. für die in Annäherung an die Kapitalgesellschaften ausgestaltete KG: BGHZ 58, 316.

Für die Kapitalgesellschaften: RFH 4, 222, 227; OLG Bremen DB 1970, 1436 = Die AG 1970, 335; KG JFG 2, 155 (für die Vorerbschaft an GmbH-Anteilen); KG OLGE 24, 139; BayOLG OLGE 36, 282. A.A. LG München JW 1924, 1197.

Für die Vorerbschaft: Wiedemann, 405 FN 4; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 20; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 9, 12; Soergel-Ehard-Eder, § 2111 BGB RZ 4.

Für den Nießbrauch an Gesellschaftsanteilen: Teichmann ZGR 1972, 1, 18 ff.; Meilicke StBJ 1972/73, 375, 392; Wiedemann, 405 ff.

Für die GmbH: Skibbe GmbHR 1963, 46, 48; Hessel-

zugerechnet, und zwar wegen der mit der Kapitalerhöhung verbundenen Minderung des Substanzwertes der alten Anteile - für die Vorerbschaft allerdings wiederum nicht ohne Differenzierung: Stelle das Bezugsrecht im Einzelfalle eine verdeckte Gewinnausschüttung dar, so gebühre es insoweit, aber auch nur insoweit, als Nutzung dem Vorerben <sup>1)</sup>.

Indessen findet auch in letzterem Falle keine Entwidmung von Kapital durch Gewinnauskehrung statt <sup>2)</sup>; als Gewinnsurrogat kann der Gesellschaftervorerbe das Bezugsrecht daher nicht für sich beanspruchen. Insoweit besteht kein Unterschied zur Rechtslage bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln.

---

mann GmbH 1959, 21, 22; Murray, 60 ff.; Schlodtmann, 38 ff.; Tüffers, 16 ff.; Scholz, § 15 GmbHG RZ 89; Palandt-Degenhart, § 1068 BGB Bem. 4 b.

Für die AG: Guntz, Die AG 1958, 177, 178/9; Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 4; Lutter in Kölner Komm., § 186 AktG RZ 17; Wiedemann in Großkomm., § 186 AktG Anm. 9 jeweils mit weiteren Nachweisen. - A.A. Böttcher-Beinert, DB 1971, 1998, 1999 FN 9. Vgl. im übrigen die umfangreichen Nachweise aus der älteren Literatur bei: Rauch II/III, 67 ff. - Mißverständlich BGH, Die AG 1967, 115: Die Ausnutzung des Bezugsrechts sei nichts anderes als eine "Nutzung der Früchte".

1) Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 5; Staudinger-Sybold, § 2111 BGB RZ 11.

2) RFH Bd. 4, 222, 227.

Die Differenzierung danach, ob die Gesellschaft im Einzelfalle mit dem Bezugsrecht eine verdeckte Gewinnausschüttung bezweckt, erscheint zudem mißlich, weil das Bezugsrecht je nach der - nur schwer feststellbaren - wirtschaftlichen Zielsetzung der Gesellschaft und den Bedingungen, zu denen die neuen Anteile ausgegeben werden, einer unterschiedlichen rechtlichen Beurteilung zugeführt werden soll, und zwar abgestuft danach, ob das Bezugsrecht im Einzelfalle wegen Zurückhaltung von Gewinnen einen erheblichen rechnerischen Wert hat oder nicht. Letzteres ist z. B. denkbar, wenn anlässlich der Kapitalerhöhung auch Dritte zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zugelassen werden und die neuen Geschäftsanteile in Annäherung an den tatsächlichen inn-eren Wert der alten ausgegeben werden (sog. Überpariemission), wobei die Übernehmer der neuen Stammeinlagen über den Nennwert hinaus ein Aufgeld (agio) zu zahlen haben (§§ 55 Abs. 2 Satz 2, 3 Abs. 2 GmbHG) <sup>1)</sup>. Dem Bezugsrecht kommt dann kein besonderer Vermögenswert zu, vor allem nicht im Sinne eines Gewinnsurrogates.

---

1) Sudhoff, 118; Baumbach-Hueck, § 5 GmbHG Bem. 3 A; Scholz, § 3 GmbHG RZ 20; § 55 GmbHG RZ 8, 18; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 13, § 3 GmbHG Anm. 26, § 5 GmbHG Anm. 50, A.A. zur Zulässigkeit des Aufgeldes: Brodmann, § 3 GmbHG Bem. 7 d.

Der Inhalt des Bezugsrechts ist in allen Fällen aber gleich und richtet sich auf den ursprünglichen Erwerb eines neuen Anteilsrechts. Eine unterschiedliche Bestimmung der Rechtsnatur des Bezugsrechts, nämlich im einen Falle als Nutzung, im anderen als Surrogat, leuchtet daher nicht ein, zumal diese Begriffe nur einer einheitlichen Interpretation zugänglich sind <sup>1)</sup>. Das Bezugsrecht ist daher in allen Fällen entweder Nutzung oder Surrogat.

Bei der Entscheidung dieser Frage dürfte der überwiegenden Meinung in Rechtsprechung und Lehre im Ergebnis zu folgen sein:

- a.3) Soweit sich mit dem Bezugsrecht ein möglicherweise ganz erheblicher rechnerischer Wert verbindet, wäre es sicher möglich, dem Bezugsrecht Nutzungscharakter zuzuerkennen <sup>2)</sup>, d.h. das Bezugsrecht unter den Begriff des bestimmungsgemäßen Ertrages des alten Geschäftsanteiles zu subsumieren <sup>3)</sup>.

---

1) RFH Bd. 4, 222, 228.

2) Vgl. auch: Scholz, § 15 GmbHG RZ 89.

3) Zumal der Bezugsrechtsanspruch wie der Anspruch auf die Dividende auch selbständig abtretbar ist und eine regelmäßige Wiederkehr des Bezugsrechts für den Ertragsbegriff nicht erforderlich ist. Wolff LZ 1921, 697, 698; vgl. auch: Wiedemann, 405 FN 4.

Es ist daher wenig überzeugend, wenn der Nutzungscharakter des Bezugsrechts teilweise mit der Begründung verneint wird, das Bezugsrecht sei ein neu erworbenes, selbständiges Vermögensrecht, welches das Stammrecht des Gesellschafters vermehren

Bei der Überpari-Ausgabe könnte die Kapitalanlage wegen der zu erwartenden Dividende immerhin vorteilhaft genug sein, um das Bezugsrecht zumindest als Gebrauchsvorteil <sup>1)</sup> anzusehen (§ 100 BGB).

---

solle. So: OLG Bremen DB 1970, 1436 = AG 1970, 335; KG OLGE 24, 139; Bay. OLG OLGE 36, 282; KG EFG 2, 159; Kregel in BGB-RGRK, § 100 BGB Anm. 5; Staudinger-Spreng, §§ 1081, 1082 BGB RZ 6; ähnlich auch: Rauch, II/III, 73 FN 3; dagegen: Wolff LZ 1921, 697, 701.

Gegen den Ertragscharakter des Bezugsrechts läßt sich auch nicht anführen, der Erwerb der neuen Anteile sei von der Übernahme einer Einlageverpflichtung abhängig, erfolge mithin entgeltlich. So: Bernicken, 32; Kühne, 21. - Recht und Rechtsausübung werden miteinander verwechselt. Das Bezugsrecht selbst, um dessen Beurteilung es allein geht, fällt dem Gesellschafter ebenso "unentgeltlich" an wie die Dividende. Der Gesellschafter kann das Bezugsrecht ohne eigene Aufwendungen veräußern oder ausüben. In letzterem Falle würde die Bewirkung der Einlage an sich nicht hindern, die neuen Anteilsrechte als Nutzungs-Surrogate des Bezugsrechts anzusehen, da die Gewinnung von Früchten auch sonst häufig mit Kosten verbunden ist; vgl. § 102 BGB.

- 1) Was darunter bei Rechten zu verstehen ist, ist allerdings sehr zweifelhaft. Wenn das Gesetz bei Sachen die Vorteile, die der Gebrauch gewährt, zu den Nutzungen zählt, so sind damit die natürlichen Vorteile gemeint, die dem Nutznießer aus der Innehabung der tatsächlichen Gewalt erwachsen. Insoweit sind Vorteile, die der Gebrauch eines Rechts gewährt, denkbar, wenn das Recht selbst den Gebrauch einer Sache zum Gegenstand hat; bei Geschäftsanteilen z. B. die Benutzung gesellschaftseigener Einrichtungen. Vgl. dazu oben S. 85; Kühne, 20.

Ob und inwieweit darüberhinaus Gebrauchsvorteile eines Rechts auch in der Vornahme von Rechtshandlungen bestehen können, ist wenig geklärt. Vgl. Peters, 16; Kühne, 20/1; Weider, 39. Das RG (RGZ

Gegen eine Qualifizierung als Nutzung sprechen indessen der Inhalt und die Schutzfunktion des Bezugsrechts. Mit der Ausgabe neuer Anteilsrechte verbinden sich für die Gesellschafter zwangsläufig Einbußen, weil der Umfang ihrer Beteiligungsrechte, zwar nicht nominell wohl aber relativ, geringer wird <sup>1)</sup>.

---

118, 266, 269), dem das Schrifttum zu § 100 BGB überwiegend folgt, sah in der Benutzung eines Rechts, "um Rechte auszuüben", einen Gebrauchsvorteil und sprach deswegen dem Stimmrecht aus einem GmbH-Geschäftsanteil Nutzungscharakter im Sinne von § 100 BGB zu. Den Gebrauchsvorteilen des Geschäftsanteils wären danach praktisch alle aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechte zuzuordnen, auch das Bezugsrecht. Zweifelnd: Staudinger-Coing, § 100 BGB RZ 3.

Ob eine so weitgehende Bestimmung der Gebrauchsvorteile bei Rechten zutreffend ist, erscheint allerdings fraglich. Der wesentliche Inhalt von Mitgliedschaftsrechten bestünde in Nutzungen, die Nutznießung von Mitgliedschaftsrechten wäre praktisch der Vollrechtsinnehabung gleichzusetzen, die gesetzliche Aufteilung der Befugnisse zwischen Eigentümer und Nießbraucher wäre sinnlos. Vgl. Peters, 16; Kühne, 20/1; Bernicken, 17; Wiedemann, 411.

- 1) In den Fällen der Überpari-Emission gilt dies zumindest für den Umfang der Mitverwaltungsrechte und damit den Einfluß auf die Verwaltung der Gesellschaft. Bei Bezugsrechten mit rechnerischem Wert, verlieren die alten Anteilsrechte auch an Substanzwert. Insoweit besteht eine wirtschaftliche Verwandtschaft zur Ausgabe von Anteilsrechten aus Gesellschaftsmitteln.

Diese Einbußen müssen die Gesellschafter nach dem gesetzlichen Normalstatut an sich hinnehmen; sie haben nach dem Gesetz kein unentziehbares Recht auf Beibehaltung ihrer bisherigen Beteiligungsverhältnisse. Das ist indessen anders, wenn in der Satzung ein mit der Mitgliedschaft verbundenes Bezugsrecht begründet ist oder die Gesellschafter in dem Kapitalerhöhungsbeschluß unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zugelassen werden. Jedem Gesellschafter muß in diesem Falle auf sein Verlangen ein seinem Anteil an dem bisherigen Stammkapital entsprechender Anteil an dem neuen Stammkapital zugeteilt werden <sup>1)</sup>. Das Bezugsrecht soll den Gesellschaftern mithin dazu dienen, ihre ursprünglichen Beteiligungsverhältnisse und damit ihre mitgliedschaftliche Rechtsstellung in der Gesellschaft unverändert aufrechtzuerhalten. Das rechtfertigt es aber, dem auf der Mitgliedschaft beruhenden Bezugsrecht den Nutzungscharakter abzusprechen. Eine andere Beurteilung wäre mit der Schutzfunktion des Bezugsrechts, nämlich die Gesellschafter vor einer Verringerung ihrer Beteiligungsquote und damit vor einer Beeinträchtigung ihrer mitgliedschaftlichen Rechtsstellung zu bewahren, nicht zu vereinbaren.

---

1) Vgl. § 161 Abs. 1 RefE GmbHG.

Das gilt vor allem auch in den Fällen, in denen den jeweiligen Inhabern bestimmter Geschäftsanteile statutarisch ein Recht darauf zugesichert worden ist, daß ihnen bei einer Kapitalerhöhung ein Anteil an dem neuen Stammkapital zugeteilt wird <sup>1)</sup>.

- a.4) Im Verhältnis zwischen Gesellschafter und Nutznießungsberechtigtem ist daher das Bezugsrecht dem Gesellschafter zuzusprechen, mag es auch einen Vermögens- oder Anlagewert enthalten und seine Verwertung deswegen nutzbringend und vorteilhaft sein.

Der Gesellschaftervorerbe kann danach das auf der Mitgliedschaft beruhende Bezugsrecht und das in bestimmungsgemäßer Ausübung erworbene Anteilsrecht nicht schon als Nutzung oder Nutzungssurrogat für sich in Anspruch nehmen.

Das Bezugsrecht ist vielmehr als Erwerb aufgrund des Geschäftsanteils dem Nachlaß als Surrogat zuzurechnen (sog. einfache Surrogation: entsprechend § 2111 Abs. 1 Satz 1, 1. Altern. BGB) <sup>2)</sup>.

---

1) So häufig bei Familiengesellschaften, die zwar fremde Gesellschafter aufgenommen haben, bei denen aber der Wunsch besteht, anläßlich einer Kapitalerhöhung das Übergewicht der Familie wieder herzustellen. Vgl. RefE GmbHG, S. 325.

2) Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 94; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 10.

Das Bezugsrecht ist in den Fällen der statutarischen Begründung oder der Begründung durch Kapi-

- b.1) Mit der Feststellung, daß das Bezugsrecht dem Vorerben jedenfalls nicht als Nutzung gebührt, ist allerdings für die Vorerbschaft noch nicht viel gewonnen, da nicht allein das Verhältnis des Nießbrauchers zum Eigentümer <sup>1)</sup> infragesteht.
- 

talerhöhungsbeschluß unter Beachtung des Gleichbehandlungsgrundsatzes aus dem Geschäftsanteil abzuleiten und kann nicht als ein von dem anteilsrecht völlig unabhängiges, selbständiges Vermögensrecht - "neuer Gegenstand" - betrachtet werden, sofern damit etwa der Erwerb aufgrund der Mitgliedschaft in Abrede gestellt werden soll. Bernicken, 14 ff.; Schlodtmann, 38; unklar: OLG Bremen DB 1970, 1436; KG OLGE 24, 139; Bay OLG OLGE 36, 282; KG JFG 2, 159; Kregel in BGB-RGRK, § 100 BGB Anm. 5. - Dagegen läßt sich auch nicht anführen, daß zur Entstehung des Bezugsrechts die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung über die Erhöhung des Stammkapitals erforderlich ist; auch der Anspruch auf die Dividende bedarf neben der Feststellung des Jahresabschlusses noch der Fassung eines Gewinnverwendungsbeschlusses, ohne daß der Charakter der Dividende als einen aus der Mitgliedschaft entspringenden Rechts deswegen in Zweifel gezogen wird.

Der Bezugsrechtsanspruch ist - ähnlich dem fälligen Dividendenanspruch - "verselbständigter Teil der Mitgliedschaft". Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 17.

- 1) Diesem steht im Verhältnis zum Nießbraucher die Verwertung des Bezugsrechts zu. Umstritten ist, ob und in welchem Umfang sich der Nießbrauch auch auf die neuen Anteile erstreckt. Vgl. dazu: OLG Bremen DB 1970, 1436; Teichmann ZGR 1972, 1, 18 ff.; Murray, 61 ff.; Wiedemann, 408; Wiedemann in GroBkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 17, jeweils mit Nachweisen.

In der Person des Vorerben fallen nämlich die Rechtsstellung eines Nutznießungsberechtigten und eines Eigentümers zusammen. Während der Dauer der Vorerbschaft ist daher allein der Vorerbe <sup>1)</sup> als Inhaber der Erbschaft aufgrund seines Verfügungs- und Verwaltungsrechts (§§ 2112, 2120, 2130 BGB) zur Verwertung des Bezugsrechts befugt, nicht der Nacherbe. Welche Rechtsfolgen aber die Verwertung des Bezugsrechts, insbesondere dessen Ausübung durch den Vorerben nach sich zieht, ist soweit ersichtlich wenig geklärt und wird unterschiedlich beantwortet.

- 
- 1) Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 7; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 20; v. Godin-Wilhelmi, § 186 AktG Anm. 2.

Während der Dauer der Vorerbschaft steht dem Nacherben an den einzelnen Erbschaftsgegenständen kein Recht zu - von der Zustimmung zur Verfügung über hinterlegte Wertpapiere gemäß §§ 2116, 2117 BGB abgesehen. Der Nacherbe erwirbt zwar mit dem Nacherbfall eine Anwartschaft auf die Erbschaft als ganze (§ 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB). Das Anwartschaftsrecht besteht jedoch nicht an den einzelnen Gegenständen. KG JFG 7, 277; Kipp-Coing, 235.

Zur Ausübung des Bezugsrechts ist der Nacherbe daher nur befugt, wenn der Vorerbe ihm den Bezugsrechtsanspruch, etwa in Erfüllung einer dahingehenden Auflage oder eines Vermächnisses des Erblassers, abtritt oder der Nacherbfall noch vor Ausübung des Bezugsrechts durch den Vorerben eintritt und dieses mit der Erbschaft gemäß §§ 1922, 2139 BGB auf den Nacherben übergeht.

- b.2) Zu unterscheiden sind die verschiedenen Verwertungsmöglichkeiten, die das Bezugsrecht dem Vorerben bietet: Der Vorerbe kann das Bezugsrecht verfallen lassen, veräußern oder ausüben. Im ersteren Falle verstößt er u. U. gegen seine Verpflichtung, dem Nacherben die Erbschaft in dem Zustand herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt (§ 2130 Abs. 1 Satz 1 BGB) <sup>1)</sup>.

Im folgenden sollen die Rechtsfolgen von Abtretung und Ausübung des Bezugsrechts gemessen an dem Surrogationsprinzip untersucht werden.

---

1) Die Ausübung des Bezugsrechts kann den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen und damit für den Vorerben als Verwalter der Erbschaft geboten sein. Vgl. für den TV: BGH Die AG 1967, 115. Das wird vor allem dann anzunehmen sein, wenn das Bezugsrecht einen (erheblichen) rechnerischen Wert hat. Läßt der Vorerbe das Bezugsrecht verfallen, so wird eine Wertausgleichspflicht gegenüber dem Nacherben jedoch nur dann begründet, wenn dadurch das Gesamtergebnis der Vorerbschaftsverwaltung beeinflusst wird. Vgl. Kipp-Coing, 239; Palandt-Keidel, § 2130 BGB Bem. 2; Staudinger-Seybold, § 2130 BGB RZ 1.

- b.3) Veräußert der Vorerbe das Bezugsrecht <sup>1)</sup>, so fällt der Gegenwert als durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft erworben in den Nachlaß <sup>2)</sup>.

Da das Bezugsrecht weder ganz noch teilweise den Nutzungen des Geschäftsanteils zugerechnet werden kann, gebührt dem Vorerben das Veräußerungsentgelt auch nicht insoweit, als sich das Bezugsrecht im Einzelfall als eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt <sup>3)</sup>.

Gleiches gilt, wenn der Erlös für das Bezugsrecht größer ist als die bei dem Geschäftsanteil eintretende Wertminderung, das Bezugsrecht seinen Wert also nicht nur aus dem Substanzverlust des alten Geschäftsanteils bezieht, sondern auch aus anderen Faktoren: sei

---

1) Vgl. zur Zulässigkeit: Skibbe GmbHR 1963, 46, 48.

2) Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 20. Vgl. für den Erbschaftsbesitzer: Beyer, 126/7.

Bei dem Nießbrauch wird der Veräußerungserlös als Surrogat grundsätzlich dem Eigentümer zugesprochen, ob und inwieweit mit dem Nießbrauch belastet, wird allerdings nicht einheitlich beantwortet. Vgl. dazu: OLG Bremen DB 1970, 1436; Teichmann, ZGR 1972, 1, 19; Ott, 104 ff.; Murray, 68 ff.; Wiedemann, 408; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 17.

3) A. A. Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 5; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 10. Vgl. dazu oben S. 108 ff.

es, daß der Erwerber das Bezugsrecht deswegen höher bewertet, weil er sich im Hinblick auf die Teilnahme an einem gut florierenden Unternehmen für die Zukunft eine im Vergleich zu seiner Einzahlung und zur Höhe des Risikos besonders günstige Kapitalanlage verspricht <sup>1)</sup>; sei es, daß ein Mitgesellschafter eine qualifizierte Minderheits- oder Mehrheitsbeteiligung anstrebt und deswegen bereit ist, einen höheren Preis zu zahlen <sup>2)</sup>. Ein solcher Spekulations- und Veräußerungsgewinn des Bezugsrechts ist nicht dessen bestimmungsgemäßer Ertrag <sup>3)</sup> noch dessen Gebrauchsvorteil, denn dazu zählt grundsätzlich nicht das, was durch rechtsgeschäftliche Verwertung des Nutzungsgegenstandes erworben wird <sup>4)</sup>. Der Veräußerungserlös fällt daher insgesamt in die Vorerbschaft.

---

1) Vgl. dazu: Ott, 107 ff.

2) Die Ausübung des Bezugsrechts aus mehreren Rechten kann wegen des Verbots der gleichzeitigen Übernahme mehrerer Stammeinlagen (§§ 55 Abs. 4, 5 Abs. 2 GmbHG) nur einheitlich in der Weise erfolgen, daß der Bezugsberechtigte zur Übernahme einer einzigen Stammeinlage in Höhe der ihm insgesamt zustehenden Bezugsberechtigung zugelassen wird. Vgl. auch für den Fall mehrerer Kapitalerhöhungsbeschlüsse: Scholz, § 55 GmbHG RZ 17, 18; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 15.

3) Für den Nießbrauch: Ott, 110; a.A. Wiedemann, 408.

4) Für den Kursgewinn bei Veräußerung von Aktien: OLG Bremen DB 1970, 1436; Palandt-Danckelmann, § 100 BGB Bem. 1.

Soweit das Schrifttum eine Erstreckung des Nießbrauchs auf den Bezugsrechtserlös befürwortet, wird allgemein nicht danach differenziert, ob in dem Erlös Spekulationsgewinne enthalten sind. Vgl. Murray, 68/9; Bernicken, 71; Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 4; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 17; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9.

b.3) Übt der Vorerbe das Bezugsrecht aus, so fragt es sich, ob auch der neue Geschäftsanteil nach dem Grundsatz der dinglichen Surrogation ohne weiteres in die Erbschaft fällt und damit der Nacherbfolge unterliegt. Diese Frage ist nicht schon deswegen zu bejahen, weil das Bezugsrecht selbst und dessen Veräußerungserlös zur Vorerbschaft gehört; denn die Ausübung des Bezugsrechts erfolgt durch Übernahme einer weiteren Stammeinlage (§ 55 GmbHG) und ist mit der Verpflichtung zur Aufbringung zusätzlichen Kapitals verbunden, dessen Herkunft für die Frage der Zuordnung des neuen Geschäftsanteils nicht ohne Einfluß sein kann.

### 3.1) Sog. einfache Surrogation

Es liegt allerdings auf den ersten Blick nahe, den neuen Geschäftsanteil der Vorerbschaft als Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts zuzuordnen <sup>1)</sup>, gleichgültig, ob der Vorerbe die Stammeinlage aus eigenen Mitteln leistet oder nicht <sup>2)</sup>; denn der Erwerb vollzieht sich in bestimmungsgemäßer Verwirklichung des Bezugsrechts. Gleichwohl ist dieses Ergebnis sehr zweifelhaft, denn über die Tragweite der sog. einfachen Surrogation besteht keineswegs Einigkeit.

---

1) Mit dieser Begründung wurde die Zugehörigkeit des Bezugsrechts selbst zur Vorerbschaft bejaht. Der neue Geschäftsanteil wäre seinerseits Surrogat des Bezugsrechts.

2) So: Kipp-Coing, 220/1. Bei der AG entscheiden sich ferner ohne nähere Begründung und Differenzierung für eine Zuweisung zur Vorerbschaft: v. Godin-Wilhelmi, § 186 AktG Anm. 2; Teichmann-Köhler, § 153 AktG 37 Bem. 2 a).

Eine einheitliche Auffassung darüber, welchen Erwerb das Gesetz hier überhaupt anspricht, hat sich nur zu wenigen Beispielen gebildet. Unbestritten wird hierher der Erwerb gerechnet, den der Vorerbe aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts originär und unmittelbar kraft Gesetzes macht <sup>1)</sup>.

Einigkeit besteht auch überwiegend darüber, daß das Erfordernis des Erwerbes aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts nicht schon dadurch erfüllt wird, daß der Erwerb durch ein Umsatzgeschäft (Kauf, Tausch usw.) mit Erbschaftsmitteln erfolgt. Das wird zutreffend daraus gefolgert, daß das Gesetz den Erwerb aufgrund eines Rechts und sodann die Mittelsurrogation nebeneinanderstellt <sup>2)</sup>; die Mit-

---

1) So der Erwerb durch Ersitzung gemäß §§ 857, 937 ff. BGB, durch Verbindung, Vermischung, Verarbeitung gemäß §§ 946 ff. BGB, der Erwerb der Schatzhälfte gemäß § 984 BGB. Vgl. Beyer, 209 ff.; Lange, 530/1; Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2 a; Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 3; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 3; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 5; Planck-Flad; § 2111 BGB Bem. 2a.

2) RGZ 92, 139, 141; Beyer, 210 ff. Der Erlös aus der Veräußerung des Bezugsrechts ist deswegen der Mittelsurrogation zuzuweisen.

Da § 718 Abs. 2 BGB die Mittelsurrogation nicht ausdrücklich aufführt, besteht hier in der Literatur keine ganz einheitliche Auffassung. Vgl. Staudinger-Keßler, § 718 BGB RZ 5.

telsurrogation wäre andernfalls überflüssig<sup>1)</sup>.

Die Kombination der beiden Surrogationstatbestände hat indessen zu der Streitfrage geführt, ob die Realisierung bestehender Rechte noch dem Tatbestand der sog. einfachen Surrogation zugeordnet werden kann, wenn der Erwerb einem Rechtsgeschäft des Vorerben seine Entstehung mitverdankt, d.h. mit Hilfe eines "vermitteln-

- 
- 1) Das kann aber nicht angenommen werden, denn im Verhältnis des Erbschaftsbesitzers zum Erben führt das Gesetz die einfache Surrogation neben der Mittelsurrogation gar nicht an; vgl. § 2019 BGB. Die Mittelsurrogation greift daher gegenüber der einfachen Surrogation weiter. Vgl. Lange, 530 ff. mit Nachweisen.

Im Verhältnis des Vorerben zum Nacherben mußte die einfache Surrogation wegen der Nutzungsberechtigung des Vorerben in § 2111 Abs. 1 BGB Berücksichtigung finden. Lange, 530/1. A. A. Beyer, 209. Das Gesetz nimmt hier die Nutzungen von der Surrogation aus und weist sie dem Eigenvermögen des Vorerben zu. Vgl. demgegenüber § 818 Abs. 1 BGB.

den Rechtsgeschäfts des Vorerben" zustandegekommen ist <sup>1)</sup>).

---

- 1) Die streitige Auslegung hat sich im Rahmen des § 2111 BGB vor allem an der Frage entzündet, ob eine gemäß § 1163 Abs. 1 Satz 2 BGB entstandene Eigentümergrundschuld der Vorerbschaft oder dem Eigenvermögen des Vorerben zuzuordnen ist, wenn der Vorerbe die auf einem Nachlaßgrundstück durch Hypothek gesicherte Nachlaßschuld mit Eigenmitteln tilgt.

Die Rechtsprechung und das wohl überwiegende Schrifttum interpretieren den Tatbestand der sog. einfachen Surrogation restriktiv und sprechen die Eigentümergrundschuld dem Vorerben zu mit der Begründung, der Vorerbe habe sie aufgrund Rechtsgeschäfts, nämlich der Ablösung mit Eigenmitteln, erworben. KGJ 50, 214; JFG 8, 355 = JW 1931, 1372; OLG Hamburg JFG 2, 431; OLG Celle NJW 1953, 1265; Lange, 533 FN 6; Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2 a; Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 4; Soergel-Siebert, § 2111 BGB RZ 2, 3. A.A., teilweise danach differenzierend, ob der Erwerb maßgeblich auf der Stellung des Vorerben als Eigentümer beruht oder nicht: Beyer, 215/6; Planck-Flad, § 2126 BGB Bem. 2; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 5; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 7.

Im Interesse einer dinglichen Sicherung des Vorerben dürfte es richtig sein, die Ablösung von Nachlaßhypotheken der Mittelsurrogation zu unterstellen und bei Aufwendung von Eigenmitteln die entstehende Eigentümergrundschuld dem freien Vermögen des Vorerben zuzuweisen; andernfalls wäre der Vorerbe auf einen bloßen Aufwendungsersatzanspruch gegen den Nacherben verwiesen. Das erscheint im Hinblick darauf mißlich, daß der Nacherbe gegenüber dem Vorerben stets gemäß § 2144 Abs. 3 BGB die Beschränkung seiner Haftung geltend machen kann.

Tilgt der Vorerbe die Nachlaßhypothek aus Erbschaftsmitteln, so fällt die Eigentümergrundschuld unstreitig in die Vorerbschaft. KG JW 1931, 1372; Kipp-Coing, 221. Daß der Erwerb konstruktiv unmittelbar auf gesetzlicher Vorschrift beruht, steht nicht entgegen. Vgl. BGHZ 40, 115, 123/4.

Der streitigen Auslegung kommt im vorliegenden Falle deswegen Bedeutung zu, weil der Vorerbe in bestimmungsgemäßer Ausübung des Bezugsrechts gegenüber der Gesellschaft die Übernahme einer weiteren Stammeinlage erklären muß, der Erwerb des neuen Geschäftsanteils daher auf einem Rechtsgeschäft des Vorerben mit der Gesellschaft beruht. Bei einer einschränkenden Interpretation der sog. einfachen Surrogation im Sinne eines Erwerbes ganz ohne vermittelndes Rechtsgeschäft könnte der neue Geschäftsanteil der Vorerbschaft danach von vornherein nicht zugeordnet werden <sup>1)</sup>.

Bei unbefangener Auslegung des Gesetzeswortlauts umfaßt der Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts alles das, was unmittelbar durch Verwirklichung des Rechts, also vor allem auch durch Erfüllung bestehender Rechte und Forderungen erworben wird, ohne Unterschied, ob der Erwerb kraft Gesetzes erfolgt oder durch ein Rechtsgeschäft (Auflassung, Übereignung des Gegenstandes der Forderung) vermittelt wird. Dieses Ergebnis steht in Übereinstimmung mit der Auslegung, die die sog. einfache Surrogation an anderen Stellen (vgl. §§ 718 Abs. 2, 818 Abs. 1, 1418 Abs. 2 Ziff. 3, 1473 Abs. 1, 1486 Abs. 1, 1638 Abs. 2, 2041 Satz 1, 2374 BGB, 1370, 1524 BGB a.F.)

---

1) So: KG JFG 2, 159. Dagegen: Kipp-Coing, 221.

unter Zugrundelegung der Materialien zum BGB nahezu einhellig gefunden hat <sup>1)</sup>.

Allerdings läßt sich die Erfüllung bestehender Rechte auch der sog. Mittelsurrogation zuweisen <sup>2)</sup>. Zur Begründung einer restriktiven Auslegung der sog. einfachen Surrogation in § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB wird deswegen darauf verwiesen, daß das Gesetz hier die sog. einfache Surrogation und die sog. Mittelsurrogation, d.h. den rechtsgeschäftlichen Erwerb

---

1) Mot. IV, 177 zu § 1290 E I = § 1370 BGB a.F., 500 ff. zu § 1414 E I = § 1254 BGB a.F. RGZ 92, 139, 140/1; Feist, 25, 27; Palandt-Thomas, §§ 818 BGB Bem. 4, 1418 BGB Bem. 3 c, 1473 BGB Bem. 2a; Erman-Bartholomeyczik, § 1418 BGB Bem. 5; Staudinger-Felgentraeger, § 1418 BGB RZ 46, 48; § 1473 BGB RZ 3; Staudinger-Engler, § 1638 BGB RZ 18; Soergel-Vogel, § 1418 BGB RZ 10; Scheffler in BGB-RGRK, § 1418 BGB Anm. 30.

Eine vergleichende Einbeziehung der Auslegung dieser Bestimmungen findet ihre Rechtfertigung darin, daß das BGB den Tatbestand der sog. einfachen Surrogation offenbar stets in der gleichen Bedeutung verwendet. Darauf weisen jedenfalls auch die Protokolle (II, 709) im Zusammenhang mit der Umredigierung von § 740 Abs. 1 E I = § 818 Abs. 1 BGB hin.

2) Feist, 38; Beyer, 214; Lange, 531. Für den Erbschaftsbesitzer: Prot. VI, 316; Beyer, 127; Planck-Flad, § 2019 BGB Bem. 3; Kregel in BGB-RGRK, § 2019 BGB Anm. 3; Staudinger-Lehmann, § 2019 BGB RZ 10.

mit Mitteln der Erbschaft, nebeneinanderstellt <sup>1)</sup>. Dieser Hinweis wäre jedoch nur dann zwingend, wenn die verschiedenen Surrogationstatbestände des § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB als sich gegenseitig ausschließend gedacht werden müßten. Aus ihrer Kombination läßt sich aber ebensogut der Schluß ziehen, daß das Gesetz im Interesse des Nacherben möglichst alles als zum Nachlaß gehörend erfassen wollte, was der Vorerbe aufgrund der Vorerbschaft erwirbt, gelegentliche Überschneidungen der einzelnen Tatbestände also ohne weiteres eingeschlossen <sup>2)</sup>.

Für die Ausübung des Bezugsrechts durch den Vorerben folgt daraus, daß der Erwerb des neuen Geschäftsanteils für die Erbschaft jedenfalls nicht an einer allzu engen Auslegung der sog. einfachen Surrogation scheitert.

---

1) So insbesondere: KG J 50 A, 213/4; Beyer, 214.

2) So gesehen findet sich in den Materialien zum BGB kein gravierender Widerspruch bei der Abgrenzung der einzelnen Tatbestände. Die nicht ganz einheitlichen Stellungnahmen haben teilweise ihren Grund in der unterschiedlichen Kombination der Surrogationstatbestände. Nirgends findet sich aber eine Bemerkung, die die sog. einfache Surrogation auf den Erwerb ganz ohne Rechtsgeschäft, praktisch also den Erwerb kraft Gesetzes, beschränkt.

Damit ist andererseits aber noch nicht positiv beantwortet, ob ein Surrogationserwerb stattfindet <sup>1)</sup>, denn die Realisierung des Bezugsrechts läßt sich nicht ohne weiteres mit der Einziehung bestehender Nachlaßforderungen gleichsetzen. Das Bezugsrecht richtet sich zwar auf den ursprünglichen Erwerb einer neuen Mitgliedschaftsstelle. Der Gesellschafter hat Anspruch auf Zuteilung eines seinem Anteil an dem bisherigen Stammkapital entsprechenden Anteils an dem neuen Stammkapital <sup>2)</sup>. Anders als bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vollzieht sich der Erwerb des neuen Geschäftsanteils nicht gleichsam aus sich selbst; ihm steht hier die Aufbringung eines Entgeltes gegenüber. Mit der Ausübung des Bezugsrechts verbindet sich notwendig die Übernahme einer weiteren Stammeinlage (§ 55 Abs. 1 GmbHG), ohne die der Gesellschaftervorerbe den neuen Geschäftsanteil nicht erwerben kann. Der konkrete Bezugsrechtsanspruch richtet sich mithin auf die Zulassung

---

1) A. A. ohne nähere Begründung: Kipp-Coing, 224.

2) Vgl. § 161 Abs. 1 RefE GmbHG.

zur Übernahme einer weiteren Stammeinlage <sup>1)</sup> und erlischt durch Erfüllung gemäß § 362 Abs. 1 BGB <sup>2)</sup> mit der formgerecht abgegebenen und angenommenen Übernahmeerklärung des Gesellschafters gegenüber der Gesellschaft, d.h. dem Zustandekommen des Übernahmevertrages <sup>3)</sup>. Dieser verpflichtet den Gesellschafter zur Bewirkung der versprochenen Einlage, sowie die Gesellschaft, auf die vollständige Durchführung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, insbesondere auf die Übernahme der restlichen Stammeinlagen und die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses, hinzuwirken <sup>4)</sup>. Mit der Eintragung im Handelsregi-

- 
- 1) Die Literatur unterscheidet ähnlich wie bei der Gewinnbeteiligung das mit dem Anteilsrecht verbundene, selbständig nicht übertragbare Bezugsgrundrecht oder Bezugsstammrecht und den konkreten Bezugsanspruch, der dem einzelnen Anteilsinhaber aufgrund des Kapitalerhöhungsbeschlusses zusteht. Der konkrete Bezugsrechtsanspruch ist ein reines Gläubigerrecht, ein schuldrechtlicher Anspruch des Anteilsinhabers gegen die Gesellschaft und kann in Ermangelung einer abweichenden Bestimmung selbständig übertragen und vererbt werden. Vgl. für die AG: Wolff LZ 1921, 697 ff.; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 9; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 6. Ähnlich für die GmbH: Skibbe GmbHHR 1963, 46, 47/8.
  - 2) Vgl. für die AG: Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 11.
  - 3) Den Vertragscharakter der Übernahme einer weiteren Stammeinlage bejahen: BGHZ 49, 117, 119 = RGZ 98, 349, 351; Lutter, Festschr. f. Schilling, 207, 217; Sudhoff, 108; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3 A; Vogel, § 55 GmbHG Bem. 3; Scholz, § 55 GmbHG RZ 10; unklar: Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 10; offengelassen: OLG Celle GmbHHR 1953, 207/8; a.M. Feine, 608.
  - 4) Skibbe GmbHHR 1963, 46, 47; Vogel, § 55 GmbHG Bem. 3; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG RZ 15. Bei Verletzung dieser Nebenpflichten haftet die Gesellschaft den Übernehmern auf Ersatz des sog. Vertrauensschadens. Lutter, Festschr. f. Schilling, 207, 229. Her-

ster entstehen die neuen Geschäftsanteile (§ 54 Abs. 3 GmbHG) <sup>1)</sup> und tritt ihr dinglicher Erwerb unmittelbar in der Person der Übernehmer ein. Die übernommene Stammeinlage ist der zu leistende Gegenwert <sup>2)</sup> für den Erwerb des neuen Geschäftsanteils, der grundsätzlich dem Wert des neuen Geschäftsanteils selbst gleichkommt <sup>3)</sup>. Der Geschäftsanteil wird nach dem Betrage der übernommenen Stammeinlage bezeichnet (§ 14 GmbHG) <sup>4)</sup>. Daraus folgt aber, daß der neue Geschäftsanteil nicht einfaches Surrogat des Bezugsrechts sein kann. Grundlage des Erwerbes ist der Übernahmevertrag in Verbindung mit dem Kapitalerhöhungsbeschluß <sup>5)</sup>.

Gegen einen einfachen Surrogationserwerb spricht auch folgende Überlegung: Die bestimmungsgemäße Ausübung des Bezugsrechts ist notwendig mit der Eingehung einer Verbindlichkeit verknüpft. In der Entscheidung darüber, ob er diese eingehen will, ist der Gesellschaftervorerbe gegenüber der Gesellschaft grundsätzlich frei; dem Bezugs-

---

vorzuheben ist in diesem Zusammenhang, daß der Übernahmevertrag die Gesellschaft nicht zur "Leistung" oder "Verschaffung" des neuen Geschäftsanteils verpflichtet. Lutter, aaO., 208, 217, 228/9.

- 1) Skibbe GmbHR 1963, 46, 47; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3A; Vogel, § 55 GmbHG Bem. 6; Scholz, § 55 GmbHG RZ 24; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 15.
- 2) Allerdings nicht im Sinne einer synallagmatischen Verknüpfung. Der Übernahmevertrag ist kein gegenseitiger Vertrag im Sinne der §§ 320 ff. BGB. Lutter, Festschr. f. Schilling, 207, 217; mißverständlich daher: RGZ 98, 349, 351.
- 3) Was in der Praxis allerdings meist nicht zutrifft, weil dem Bezugsrecht regelmäßig ein rechnerischer Wert zukommt.
- 4) Baumbach-Hueck, § 14 GmbHG Bem. 1 A.
- 5) Vgl. BGH NJW 68, 398/9.

recht entspricht keine Bezugspflicht. Im Innenverhältnis gegenüber dem Nacherben unterliegt er indessen engeren Bindungen, die im Hinblick auf die Übernahmeverpflichtung und die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils zu berücksichtigen sind: Der neue Geschäftsanteil kann dem Nachlaß nur dann zugeordnet werden, wenn der Vorerbe mit der Übernahme der Stammeinlageverpflichtung eine Nachlaßverbindlichkeit begründen durfte und begründen wollte (sog. Nachlaßverwaltungsschuld). Die von dem Vorerben während der Dauer der Vorerbschaft eingegangenen Verpflichtungen werden nur dann als Nachlaßverbindlichkeiten anerkannt, wenn sie mit Wirkung auf den Nachlaß und vom Standpunkt eines sorgfältigen Beobachters in ordnungsgemäßer Verwaltung des Nachlasses eingegangen worden sind<sup>1)</sup>. Verpflichtungen die der Vorerbe eingeht, sind nicht schon deswegen Nachlaßverbindlichkeiten, weil der Gegenstand, auf den sie sich beziehen, zur Vorerbschaft gehört<sup>2)</sup>.

Ob die Ausübung des Bezugsrechts aber den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, ist im Einzelfall unter Berücksichtigung objektiver Gesichtspunkte nach den allgemeinen Grund-

---

1) BGHZ 32, 60, 64; vgl. dazu auch oben S. 33.

2) RGZ 90, 91, 97; vgl. dazu auch oben S. 61/2.

sätzen der Wirtschaftlichkeit zu entscheiden und läßt sich nicht einer einheitlichen Beurteilung zuführen, auf die eine Anwendung der sog. einfachen Surrogation notwendig hinauslaufen würde. Dem Gesellschaftervorerben wäre es andernfalls möglich, den Nachlaß auch dann zu belasten, wenn das Bezugsrecht selbst keinen rechnerischen Wert aufweist, die geplante Kapitalerhöhung vielmehr im Zusammenhang mit Sanierungen steht und ausgesprochen spekulativen Charakter trägt. Diese in der Praxis sicherlich selteneren Tatbestände, in denen die Nacherbschaft des besonderen Schutzes bedarf, sind aber in die Beurteilung der Frage miteinzubeziehen, ob die Ausübung des Bezugsrechts als Fall der sog. einfachen Surrogation angesehen werden kann.

Der neue Geschäftsanteil kann danach nicht von vornherein der Vorerbschaft als Erwerb aufgrund eines zur Erbschaft gehörenden Rechts (sog. einfache Surrogation) zugeordnet werden, ohne Rücksicht auf die Grundsätze ordnungsgemäßer Nachlaßverwaltung und einen entgegenstehenden Willen des Vorerben bei der Ausübung des Bezugsrechts <sup>1)</sup>.

---

1) Das Bezugsrecht weist eine gewisse Ähnlichkeit mit dem Vorkaufsrecht auf und kann wie dieses den sog. selbständigen Gestaltungsrechten zugeordnet werden. Vgl. zur Unterscheidung von selbständigen und un-selbständigen Gestaltungsrechten sowie zur Frage ihrer Übertragbarkeit: Palandt-Heinrichs, § 413 BGB Bem. 1 c.

Ob und inwieweit der Erwerb aufgrund der Ausübung

### 3.2) Sog. Mittelsurrogation

Die Entscheidung über die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils ist unproblematisch, wenn der Vorerbe die von ihm übernommene Stammeinlageverpflichtung ganz aus Nachlaßmitteln tilgt. In diesem Fall wird der neue Geschäftsanteil ohne Rücksicht auf einen entgegenstehenden Willen des Vorerben als Surrogat für die Aufopferung von Nachlaßmitteln zur Erbschaft gezogen (§ 2111 Abs. 1 S. 1 Fall 3, sog. Mittelsurrogation)<sup>1)</sup>.

Sehr zweifelhaft ist die Rechtslage demgegenüber, wenn der Vorerbe die Stammeinlage ganz aus eigenen Mitteln erbringt. Ob und in welchem Umfang die Mittelsurrogation auch in diesem Falle eingreift, ergibt sich nicht ohne weiteres aus dem Gesetzeswortlaut, sondern hängt von der Tragweite ab, die diesem Surrogationstatbestand nach dem zugrundeliegenden Schutzzweck zuerkannt werden kann.

---

solcher Gestaltungsrechte den Surrogationsgrundsätzen unterliegt, wird, soweit ersichtlich, nirgends behandelt. Auch der Erwerb durch Ausübung eines zur Vorerbschaft gehörenden schuldrechtlichen (§§ 504 ff., 514 BGB) oder dinglichen (§§ 1094 ff. BGB) Vorkaufsrechts dürfte nicht der sog. einfachen Surrogation zuzuweisen sein.

Zum Vorkaufsrecht an GmbH-Anteilen vgl.: Grothus GmbHR 1959, 24.

1) Vgl. dazu oben, S. 105 FN 1.

Jede Vermögensverwaltung führt im Laufe der Zeit zu Veränderungen und Eingriffen in die Substanz, oft sogar unabhängig von dem Willen des Verwalters. Ist diesem wie dem Vorerben das Verfügungsrecht über die einzelnen Vermögensgegenstände eingeräumt, so ist der Zusammenhalt des Vermögens zwangsläufig in Frage gestellt. Wenn das Gesetz in § 2111 BGB den Erwerb durch Rechtsgeschäft mit Mitteln der Erbschaft ohne Rücksicht auf die gewollte Erwerbsrichtung des Vorerben mit dinglicher Wirkung dem Nachlaß zuweist, so will es den Bestand des Nachlasses erhalten und an die Stelle des Weggegebenen das Erlangte treten lassen. Die Mittelsurrogation verfolgt hier den Zweck, den Nacherben vor allem durch eine dingliche Sicherung vor einer Schmälerung des Nachlaßbestandes zu bewahren und ihn nicht auf einen persönlichen, ungesicherten Geldanspruch (vgl. §§ 2134, 2138 Abs. 2 BGB) zu verweisen <sup>1)</sup>.

Allerdings reicht dieser Surrogationstatbestand nur soweit, als Mittel des Nachlasses aufgewendet werden und rechtlich ursächlich für den Erwerb des Gegenwertes sind, der Nachlaß also in seinem Bestand durch Rechtshand-

---

1) RGZ 89, 53, 58/60; BGH LM Nr. 13 zu § 242 Ca BGB, LM Nr. 2 zu § 2111 BGB (Nirk); Lange, 532.

lungen und Verfügungen des Vorerben unmittelbar angegriffen und vermindert wird. Über die Zugehörigkeit des Erwerbes zum Nachlaß entscheidet allein ein objektives Moment: der Erwerb unter Verwendung von Nachlaßmitteln <sup>1)</sup>.

Diese Regelung unterscheidet sich nach Wortlaut und Inhalt von der Fassung, die der Gesetzgeber im Erbrecht für die Miterbengemeinschaft und den Erbschafts Kauf sowie im Familienrecht für einzelne Güterstände verwendet hat, nämlich: "was durch ein Rechtsgeschäft erworben wird, das sich auf den Nachlaß bezieht" (§ 2041 Satz 1 BGB, sog. Rechtsgeschäftssurrogation) <sup>2)</sup>. Das Gesetz berücksichtigt hier subjektive Momente <sup>3)</sup>, nämlich die gewollte Erwerbsrichtung des Handelnden mit Beziehung auf den Nachlaß; der Erwerb fällt auch dann in den Nachlaß, wenn er mit

- 
- 1) Die Mittelsurrogation wird deswegen auch als "objektive Surrogation" bezeichnet. Vgl. Feist, 21/22; Thiele AcF 91, 1, 13.
  - 2) Vgl. auch: §§ 2374, 1418 Abs. 2 Ziff. 3, 1473 Abs. 1, 1638 Abs. 2 BGB, 1370 BGB a. F.
  - 3) Die Rechtsgeschäftssurrogation wird deswegen auch als "subjektive Surrogation" bezeichnet. Vgl. Feist, 21/22; Thiele AcF 91, 1, 13.

eigenen oder fremden Mitteln erfolgt<sup>1)</sup>. Anders hingegen für die Vorerbschaft, wenn der Vorerbe für den Erwerb eigene Mittel einsetzt.

Ein gewisser Anklang an die subjektiven Momente der Rechtsgeschäftssurrogation findet sich nur bei der Inventarersetzung in § 2111 Abs. 2 BGB.

- 
- 1) KG JFG 15, 156; KG DR 1944, 190; OLG Köln OLGZ 65, 120; Beyer, 222; Feist, 90; Lange, 535; Palandt-Lauterbach, § 1418 BGB Bem. 3c, cc), § 2041 BGB Bem. 1.

Die Rechtsgeschäftssurrogation greift insoweit weiter als die Mittelsurrogation. Im übrigen besteht über die Abgrenzung dieser Surrogationstatbestände keineswegs Einigkeit. Streitig ist, ob ein Rechtsgeschäft mit Beziehung auf den Nachlaß schon dann vorliegt, wenn der Erwerb mit Mitteln des Nachlasses vollzogen wird, oder ob zu der objektiven Beziehung, die bei dem Mittlererwerb ohne weiteres gegeben ist, noch ein subjektives Moment, nämlich der Wille des Handelnden, für den Nachlaß zu erwerben, hinzutreten muß. Die wohl überwiegende Meinung läßt die durch den Mittelaufwand hergestellte objektive Beziehung auf den Nachlaß genügen und weist der Rechtsgeschäftssurrogation damit einen breiteren Raum zu. Vgl. BGH LM Nr. 2 zu § 2041 BGB; OLG München NJW 56, 1880; Beyer, 223 ff.; Kipp-Coing, 490/1; Palandt-Keidel, § 2041 BGB Bem. 1; Kregel in BGB-RGRK, § 2041 BGB Anm. 3; Staudinger-Lehmann, § 2041 BGB RZ 1; Planck-Ebbecke, § 2041 Bem. 1.

Objektive und subjektive Beziehung fordern: OGHZ 2, 226; Lange, 535; Soergel-Ehard-Eder, § 2041 BGB RZ 7.

Ebenso zum Familienrecht: RGZ 92, 139, 141; Palandt-Lauterbach, § 1418 BGB Bem. 3c; Staudinger-Felgentraeger, § 1418 BGB RZ 54 ff., 60; Scheffler in BGB-RGRK, § 1418 Anm. 31.

A.A. Kohler Arch BürgR 22, 1, 14/15, der der Mittelsurrogation gegenüber der Rechtsgeschäftssurrogation einen breiteren Raum zuweisen will.

Daraus ergibt sich im Hinblick auf die Zuordnung des neuen Geschäftsanteiles folgendes: Dieser wird nicht schon deswegen zur Erbschaft gezogen, weil der Vorerbe mit der Ausübung des zur Erbschaft gehörenden Bezugsrechts in Beziehung auf den Nachlaß tätig wird. Entscheidend ist, ob der hingegebene Gegenwert des Erwerbes aus der Erbschaft entnommen wird <sup>1)</sup>.

Das ist ohne weiteres dann nicht der Fall, wenn dem Bezugsrecht kein besonderer rechnerischer Wert zukommt und der Vorerbe die Stammeinlage ganz aus eigenen Mitteln aufbringt. Das Bezugsrecht ist zwar den Mitteln der Erbschaft zuzurechnen, denn das Gesetz versteht darunter den Inbegriff der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände. Es erlischt mit dem Abschluß des Übernahmevertrages. Insoweit opfert der Vorerbe mit dem Verbrauch des Bezugsrechts Nachlaßmittel auf; sie stellen jedoch nicht den hingegebenen Gegenwert für den neuen Geschäftsanteil dar. Dieser wird hier voll durch die übernommene Einlage belegt. Grundlage für den Erwerb des neuen Geschäftsanteils ist die Vereinbarung zwischen Gesellschaft und Gesellschaft über die Übernahme einer auf das erhöhte Kapital zu leistenden Stammeinlage <sup>2)</sup>.

---

1) Kipp-Coing, 221.

2) Vgl. BGH NJW 1968, 398/9.

Das ist im Grunde genommen auch nicht anders bei der Ausübung eines Bezugsrechts mit rechnerischem Wert. Auch in diesem Falle ist die übernommene Stammeinlage Grundlage des Erwerbs. Allerdings ist nicht zu verkennen, daß die neuen Anteilsrechte über den Betrag der Einlage hinaus eine Wertsteigerung erfahren, weil sie unter dem Wert der alten ausgegeben werden und zulasten der alten Anteile an den stillen und offenen Reserven der Gesellschaft teilhaben. Dem Bezugsrecht eignet gerade deswegen ein selbständiger Vermögenswert, der zu einer entsprechenden Wertsteigerung des neuen Anteilsrechts führt, also in diesem aufgeht. Der Wert des neuen Anteilsrechts setzt sich aus dem Nennbetrag der Einlage, eventuell vereinbarten Nebenleistungen und dem anteiligen Wert des Bezugsrechts zusammen. Bei "wirtschaftlicher Betrachtungsweise", die das Gesetz durch die Verwendung der Begriffe "Mittel der Erbschaft" nahelegt <sup>1)</sup>, wird der Wert des neuen Geschäftsanteils zumindest teilweise aus Erbschaftsmitteln, nämlich durch das Bezugsrecht, belegt.

Insoweit läßt sich daher eine Teilsurrogation <sup>2)</sup> rechtfertigen, zumal ja auch der Er-

---

1) BGHZ 40, 115, 123; RGZ 89, 53, 58; KG JFG 2, 155, 159; Staudinger-Lehmann, § 2019 BGB RZ 13.

2) Die Teilsurrogation ist rechtlich allgemein anerkannt. RGZ 89, 53, 60; RG Seuff A 75, 289/90; Lange, 534; Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2 b; Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 4; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 8; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 7 a.E.

lös, den der Vorerbe für die Abtretung des Bezugsrechts erzielt, in die Vorerbschaft fällt, was die Richtigkeit dieses Ergebnisses bestätigt.

Daraus folgt: Übt der Gesellschaftervorerbe das Bezugsrecht aus und leistet die übernommene Stammeinlage aus Eigenmitteln, so fällt der neue Geschäftsanteil bei rechnerischem Wert des Bezugsrechts mit demjenigen Teil in die Vorerbschaft, der dem Wertverhältnis des Bezugsrechts zu dem Gesamtwert des neuen Geschäftsanteils entspricht <sup>1)</sup>.

- 
- 1) Mit dem Nacherbfall entsteht entsprechend diesem Wertverhältnis Miteigentum an dem Geschäftsanteil zwischen dem Vorerben bzw. dessen Erben und dem Nacherben.

Die Ermittlung und Bestimmung der Wertanteile wird im Einzelfalle auf Schwierigkeiten stoßen und nicht ohne Zuziehung von Sachverständigen einer Klärung zuzuführen sein. Das ist indessen kein durchschlagender Grund gegen die Annahme einer Teilsurrogation. RGZ 89, 53, 60; RG Seuff A 75, 289/90.

Für die Teilsurrogation bei der Ausübung von Aktienbezugsrechten: Bernicken, 73 (zum früheren ehelichen Güterrecht); Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 20 (zur Vorerbschaft an Aktien); offenbar auch Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 7, wobei allerdings nicht ganz klar wird, ob lediglich ein entsprechender Wertbetrag gemäß § 2134 BGB in die Vorerbschaft fallen soll, der neue Geschäftsanteil also dinglich in vollem Umfang dem Eigenvermögen des Vorerben zuzuordnen ist. So: Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 96/7.

Das KG (JFG 2, 159) hebt zutreffend hervor, daß die alten Anteile zwar nicht aufgegeben worden seien, durch den Erwerb der neuen Anteile aber an Wert eingebüßt hätten, so daß wirtschaftlich betrachtet die

### 3.3) Vollsurrogation durch Vereinbarung.

Das vorstehend gewonnene Ergebnis einer Teilsurrogation ist im Schrifttum nicht nur auf Zustimmung gestoßen. Die Teilsurrogation kann für den Nacherben, der die Vorerbschaft mit dem Eintritt des Nacherbfalles erwirbt, den Verlust einer qualifizierten Beteiligung zur Folge haben; zumindest muß sich der Nacherbe mit dem Vorerben in die Ausübung der Rechte aus dem neuen Geschäftsanteil teilen (vgl. § 18 GmbHG). Der Vorerbe oder dessen Erben behalten damit über den Nacherbfall hinaus Einfluß auf die Gesellschaft. Um dieses Ergebnis zu vermeiden, billigt ein Teil der Literatur <sup>1)</sup> dem Nacherben das Recht zu, den zum Bezug des neuen Anteilsrechts erforderlichen Betrag (Ausgabebetrag) zur Verfügung zu stellen. Auf diese Weise soll von vornherein zugunsten des Nachlasses eine Vollsurrogation möglich sein. Zugrundeliegt offenbar die Auffassung, der Kreis der zur Erbschaft gehörenden Gegenstände lasse

---

neuen Anteile mit den alten bezahlt worden seien. Die Entscheidung, der sich das Schrifttum im wesentlichen kritiklos angeschlossen hat, erscheint dennoch im Ergebnis aus folgenden Gründen verfehlt: Die neuen Anteile waren offenbar zu 1/4 des Nennbetrages durch Bareinzahlung seitens der Vorerbin eingebracht worden, ohne daß das KG eine Teilsurrogation auch nur in Erwägung zog. Im übrigen wurden die Einlagen aus nicht verteilten Gewinnen belegt, so daß sich die Frage stellte, ob die neuen Geschäftsanteile auch insoweit durch Eigenmittel der Vorerbin eingebracht waren. Vgl. dazu Rauch II/III, 93 FN 1.

1) Für die AG: Fischer in Großkomm. zum AktG 77, § 153 Anm. 19; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 9.

sich dadurch erweitern und mit dinglicher Wirkung auf den neuen Geschäftsanteil erstrecken.

Ganz abgesehen davon, daß sich die Berechtigung des Nacherben zum Einsatz von Eigenmitteln schwerlich aus den gesetzlichen Bestimmungen über die Vor- und Nacherbschaft herleiten und mit der Verfügungs- und Verwaltungsbezugnis des Vorerben (§§ 2112, 2120, 2130 BGB) vereinbaren läßt, würde sich der angestrebte Erfolg einer Vollsurrogation auf diesem Wege auch nicht erreichen lassen. Vom Nacherben zur Verfügung gestellte Mittel sind für den Vorerben Fremdmittel, nicht Nachlaßmittel. Sie werden auch nicht dadurch zu Nachlaßmitteln, daß der Vorerbe sie von dem Nacherben für den Nachlaß erwirbt, denn einer der Surrogationsstatbestände des § 2111 BGB greift nicht ein. Was der Vorerbe während der Dauer der Vorerbschaft mit Mitteln des Nacherben erwirbt, wird daher nicht kraft Surrogation zur Vorerbschaft gezogen.

Fraglich wäre allenfalls, ob der Vorerbe die Surrogation des Geschäftsanteils durch Vereinbarung mit dem Nacherben oder mit der Gesellschaft herbeiführen kann. Indessen wird die bewußte Neuschaffung von Erbschaftsvermögen außerhalb des durch § 2111 BGB gezogenen Rahmens allgemein für nicht zulässig gehalten, und zwar ohne Unterschied, ob diese durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung oder durch einsei-

tige Bestimmung des Vorerben erfolgen soll <sup>1)</sup>. Gegen eine Ausdehnung der Surrogation spricht auch, daß das Gesetz in § 2111 Abs. 1 BGB ausschließlich auf objektive Momente abstellt (sog. objektive Surrogation), d.h. daß die Surrogationswirkung von dem Willen des Vorerben unabhängig ist und auch dann eintritt, wenn der Vorerbe einen entgegenstehenden Willen ausdrücklich erklärt hat.

- 
- 1) BGHZ 40, 115, 125; RG HRR 1928, 1592; KGJ 40 A, 185; JFG 7, 272; Kipp-Coing, 222; Planck-Flad, § 2111 BGB Bem. 2 a; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 2; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 1, 7; Soergel-Ehard-Eder, § 2111 BGB RZ 5; a.A. Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 5; Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 4.

Der BGH, aaO., läßt offen, ob nicht eine Ausnahme zu machen sei für solche Fälle, in denen nicht die bewußte Neuschaffung von Vorerbschaftsgegenständen in Frage stehe, sondern nur die Klarstellung des streitigen Umfangs der Vorerbschaft durch Vergleich der Beteiligten.

Die Frage einer Erweiterung des Bestandes der Erbschaftsgegenstände stellt sich auch bei der sog. Rechtsgeschäftssurrogation. Teilweise wird die Auffassung vertreten, für die "Beziehung zum Nachlaß" genüge bereits die subjektive Beziehung allein, also der beiderseitige Parteiwille, das Rechtsgeschäft für den Nachlaß vorzunehmen. Vgl. Kipp-Coing, 491, Lange, 535 FN 2; dagegen: OLG Köln OLGZ 1965, 120.

Insoweit hat das Gesetz hier, anders als bei der Mittelsurrogation des § 1646 BGB <sup>1)</sup>, auf die Erwerbsrichtung des Vorerben keinerlei Rücksicht genommen. Nur bei der Inventarer-gänzung ist aus Gründen wirtschaftlicher Zweckmäßigkeit - in Anknüpfung an ähnliche Bestimmungen des Pacht- und Nießbrauchsrechts (§§ 588 Abs. 2, 1048 Abs. 1 BGB) <sup>2)</sup> - auf die Zuweisung des Inventarstückes durch den Vorerben, also die bloße Bewidmung, abgestellt (§ 2111 Abs. 2 BGB) <sup>3)</sup>. Einer ausdehnenden Anwendung dieser Bestimmung steht indessen der Ausnahmecharakter dieser Regelung innerhalb der Surrogationstatbestände entgegen. Es kann nicht angenommen werden, daß das Gesetz damit eine allgemeine Befugnis des Vorerben anerkennen wollte, der Erbschaft nach Belieben Vermögensstücke mit dinglicher Wirkung zuzuweisen <sup>4)</sup>. Dagegen spricht auch die Rücksichtnahme auf die Interessen der Eigengläubiger des Vorerben. Die Vorerbschaftsgegenstände unterliegen nämlich einer Verwertungsbeschränkung durch die Eigengläubiger des Vorerben (§ 2115 BGB). Wäre es dem Vorerben möglich, den Kreis der ur-

---

1) Ebenso: § 1381 BGB a.F.

2) Ebenso: § 1378 BGB a.F.

3) Dabei ist weder vorausgesetzt, daß der Vorerbe das einverleibte Inventarstück mit Erbschaftsmitteln erworben hat - sonst greift bereits § 2111 Abs. 1 BGB ein -, noch daß es an Stelle eines abgängigen Stücks angeschafft worden ist, dieses also ersetzt. Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 4.

4) KGJ 40 A, 185, 187/8.

sprünglichen Erbschaftsgegenstände oder ihrer gesetzlichen Surrogate einseitig oder durch Vereinbarung mit dem Nacherben zu erweitern, könnte er Teile seines Vermögens auf diesem Wege dem Zugriff der Eigengläubiger entziehen <sup>1)</sup>. Da der Vorerbe in Bezug auf die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände gemäß §§ 2113 ff. BGB Verfügungsbeschränkungen unterliegt, bestehen gegen eine Vereinbarung <sup>2)</sup> zwischen Vor- und Nacherben, durch die der Umfang der Erbschaftsgegenstände erweitert werden soll, auch ganz erhebliche Bedenken im Hinblick auf § 137 Satz 1 BGB <sup>3)</sup>.

Durch eine einvernehmliche Regelung zwischen Vorerben und Nacherben läßt sich der neue Geschäftsanteil jedenfalls nicht nach Surrogationsgrundsätzen der Vorerbschaft mit dinglicher Wirkung zuweisen.

- 
- 1) Eine Kollusion mit dem Nacherben ist ohne weiteres denkbar, wenn dieser dem Vorerben nahesteht.
  - 2) Weniger gegen eine einseitige Zuweisung durch den Vorerben, da dem Gesetz eine Surrogation durch Bewidmung des Vermögensgegenstandes nicht unbekannt ist, vgl. §§ 2111 Abs. 2, 1646 BGB. Der Hinweis des KG (J40 A, 185, 186/7) auf § 181 BGB ist daher in diesem Zusammenhang wenig überzeugend.
  - 3) Es gilt dies allerdings nicht so sehr für GmbH-Geschäftsanteile als vielmehr für Grundvermögen (§§ 2113, 2114 BGB) und Wertpapiere (§§ 2116, 2117 BGB), insbesondere Aktien.

### 3.4) Zuweisung kraft Verwaltungsbefugnis

Der eigentümliche Inhalt des Bezugsrechts erlaubt es indessen, das Ergebnis einer Zuordnung des neuen Geschäftsanteils zum Nachlaß auf anderem Wege herzustellen. Die Ausübung des Bezugsrechts ist notwendig mit der Übernahme einer weiteren Stammeinlage verbunden, d. h. der Eingehung einer Verbindlichkeit. Nachlaßverbindlichkeiten kann der Vorerbe begründen, wenn sie vom Standpunkt eines sorgfältigen Beobachters in ordnungsmäßiger Verwaltung des Nachlasses eingegangen wurden <sup>1)</sup>. Entspricht die Ausübung des Bezugsrechts für den Nachlaß den Grundsätzen ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung <sup>2)</sup>, so darf der Vorerbe die neue Stammeinlage für den Nachlaß übernehmen <sup>3)</sup> mit der Folge, daß der

- 
- 1) BGHZ 32, 60, 64 ff. mit Nachweisen. Vgl. dazu auch oben S. 33/4.
  - 2) Das wird vor allem dann zutreffen, wenn das Bezugsrecht einen rechnerischen Wert besitzt, ferner dann, wenn qualifizierte Beteiligungen oder der Charakter einer Familiengesellschaft erhalten bleiben sollen. Vgl. BGH Die AG 1967, 115.
  - 3) Die Einlage darf der Vorerbe, weil es sich um außergewöhnliche Aufwendungen zur Erhaltung der Mitgliedschaft handelt, aus der Vorerbschaft bestreiten (§ 2124 Abs. 2 Satz 1 BGB). Für die AG: Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 20.

Ist der Nachlaß unzureichend, so widerspricht die Übernahme der Stammeinlage nicht schon deswegen den Grundsätzen ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung, weil die Einlage nicht aus Nachlaßmitteln beglichen werden kann. Johannsen in BGB-RGRK, § 2130 BGB Anm. 6. - Bestreitet der Vorerbe die Einlage aus Eigenmitteln,

Geschäftsanteil von Anfang an in vollem Umfang zur Vorerbschaft gezogen wird. Der Vorerbe ist mithin aufgrund seiner Verwaltungsbefugnis in der Lage, die Nachlaßverfängerheit des neuen Geschäftsanteils herzustellen - ähnlich der Bewidmung bei der sog. Rechtsgeschäftssurrogation <sup>1)</sup>. Das gilt natürlich

---

kann er von dem Nacherben Ersatz gemäß § 2124 Abs. 2 Satz 2 BGB verlangen. A. A. KG JFG 2, 155, 159/60: § 2125 Abs. 1 BGB.

Andererseits ist der Vorerbe gegenüber dem Nacherben nicht verpflichtet, solche außergewöhnlichen Aufwendungen aus seinem Eigenvermögen zu bestreiten, auch wenn später Aussicht auf Erstattung aus der Erbschaft oder durch den Nacherben besteht. Staudinger-Seybold, §§ 2124 - 2126 BGB RZ 6. Bei unzulänglichem Nachlaß folgt daraus, daß der Vorerbe keinesfalls verpflichtet ist, das Bezugsrecht auszuüben. Soweit es einen rechnerischen Wert besitzt, kann er es abtreten.

- 1) Einer entsprechenden Anwendung der sog. Rechtsgeschäftssurrogation, an die vielleicht zu denken wäre, bedarf es mithin nicht. Gegen eine Analogie würde auch sprechen, daß der Gesetzgeber die Aufnahme dieses Surrogationstatbestandes für die Vorerbschaft zwar erwogen, dann aber doch abgelehnt hat. Vgl. Prot. VI, 324 ff.; Feist, 92/3; Beyer, 224/5 zu § 2041 BGB.

erst recht, wenn zwischen dem Vorerben und dem Nacherben über die Ausübung des Bezugsrechts Einverständnis <sup>1)</sup> besteht.

Entscheidend für die Zuordnung des Geschäftsanteils ist allerdings der Wille des Vorerben, für den Nachlaß zu handeln. Es ist nämlich allgemein anerkannt, daß der Vorerbe auch dann eine reine Eigenverbindlichkeit eingehen kann, wenn die Voraussetzungen für die Begründung einer Nachlaßverwaltungsschuld an sich vorliegen <sup>2)</sup>. Daraus folgt andererseits:

- 
- 1) Entspricht die Ausübung des Bezugsrecht den Grundsätzen ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung, kann der Vorerbe von dem Nacherben die Zustimmung verlangen. § 2120 BGB ist auch für die Begründung von Verbindlichkeiten entsprechend anwendbar. RGZ 90, 91, 96; Kipp-Coing, 223; Palandt-Keidel, § 2120 BGB Bem. 2; Johannsen in BGB-RGRK, § 2120 Anm. 8.

Die Zustimmung beseitigt Zweifel an der Ordnungsmäßigkeit der Verwaltungshandlung und der Rechtsnatur als Nachlaßverbindlichkeit.

- 2) RGZ 90, 91, 96/7 (Vermutung zugunsten einer Eigenverbindlichkeit); RG JW 1938, 2822; Palandt-Keidel, § 1967 BGB Bem. 4; Soergel-Ehard-Eder, § 1967 BGB RZ 7; Johannsen in BGB-RGRK, § 1967 BGB Anm. 13; Staudinger-Lehmann, § 1967 BGB RZ 15, 31; Staudinger-Seybold, § 2144 BGB RZ 2.

Andererseits ist es dem Vorerben in den Grenzen ordnungsmäßiger Nachlaßverwaltung auch grundsätzlich möglich, durch Vereinbarung mit dem Gläubiger eine reine Nachlaßverbindlichkeit zu begründen (RGZ 146, 343, 346). Das gilt allerdings nicht für die Übernahme einer Stammeinlage. Vgl. dazu oben S. 86.

Übernimmt der Vorerbe die Stammeinlage ausdrücklich als reine Eigenverbindlichkeit <sup>1)</sup>, etwa weil er sich eine besonders günstige Kapitalanlage verspricht, so ist die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils ausschließlich nach der sog. Mittelsurrogation (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu beurteilen. Bei rechnerischem Wert des Bezugsrechts tritt demnach allenfalls Teilsurrogation <sup>2)</sup> ein; dadurch ist indessen

- 
- 1) Auf einen solchen Willen des Vorerben wird regelmäßig dann zu schließen sein, wenn der Vorerbe die Stammeinlage im wesentlichen aus Eigenmitteln aufbringt und der Nachlaß unzureichend ist. Der Vorerbe wäre andernfalls auf einen ungesicherten Aufwendungsersatzanspruch gemäß § 2124 Abs. 2 Satz 2 BGB verwiesen, demgegenüber der Nacherbe die Beschränkung seiner Haftung gemäß § 2144 Abs. 3 BGB geltend machen könnte.
  - 2) Mit dem Nacherbfall entsteht dann Miteigentum zwischen dem Vorerben oder dessen Erben und dem Nacherben. Vgl. dazu oben S. 99, 138.

Auch wenn die Ausübung des Bezugsrechts den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, ist der Vorerbe nicht etwa verpflichtet, den Geschäftsanteil an den Nacherben abzutreten. Der Vorerbe hat die Erbschaft zwar in dem Zustand herauszugeben, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt (§ 2130 BGB). Der Gesetzeswortlaut ist indessen etwas mißverständlich, weil die Herausgabepflicht und die Verwalterhaftung des Vorerben kombiniert sind.

- a) Die Herausgabepflicht beschränkt sich auf den Kreis der ursprünglichen Erbschaftsgegenstände und ihrer Surrogate (§ 2111 BGB). RGZ 163, 51 = DR 1940, 981 erweitert diese Verpflichtung nur für den Sonderfall der Herausgabe einer Schuldurkunde über eine Nachlaßforderung.
- b) Im übrigen begründet das Gesetz in § 2130 BGB die Verwalterhaftung des Vorerben. Bleibt der

dem Interesse des Nacherben an der Substanzerhaltung ausreichend Rechnung getragen. Auf eine Vollsurrogation, etwa durch die Begründung einer Nachlaßverwaltungsschuld, hat der Nacherbe nach dem Gesetz gegenüber dem Vorerben keinen Anspruch. Es ist dies eine Folge der grundsätzlich freien Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis des Vorerben (§ 2112 BGB). Der Nacherbe kann vor Eintritt des Nacherbfalls auf die Verwaltung der Erbschaft durch den Vorerben, insbesondere auf einzelne Verwaltungshandlungen, nur einen sehr geringen Einfluß nehmen, indem er die Rechte aus den §§ 2116, 2118, 2121 bis 2123 BGB geltend macht <sup>1)</sup>.

---

Gesamterfolg seiner Verwaltung hinter dem Zustand zurück, der sich bei einer bis zur Herausgabe fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung ergibt, so ist er zum Wertersatz (nicht Schadensersatz) verpflichtet. Kipp-Coing, 239.

Es ist nicht zu verkennen, daß die Teilsurrogation gerade bei Familiengesellschaften zu Unzuträglichkeiten führen kann, wenn der Vorerbe oder seine Erben über den Nacherbfall hinaus Einfluß auf die Gesellschaft behalten und der Nacherbe sich in die Ausübung der Rechte aus dem neuen Geschäftsanteil mit dem Vorerben oder seinen Erben teilen muß (§ 18 GmbHG). Will der Erblasser dieses Ergebnis vermeiden, so bietet sich erbrechtlich die Möglichkeit, den Vorerben im Wege der Auflage (§ 1903 BGB) anzuhalten, das Bezugsrecht für die Vorerbschaft auszuüben, und ihn auch mit der Aufbringung der Einlage zu beschweren. Vgl. Staudinger-Seybold, § 2144 BGB RZ 1.

Ferner kann in der Satzung bezüglich des Geschäftsanteils eine Abgabepflicht zugunsten des Nacherben statuiert werden. Vgl. zur Abgabepflicht: Sudhoff, 309; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG Bem. 1 A; Scholz, § 18 GmbHG RZ 12; Hachenburg-Schilling, § 15 GmbHG Anm. 3.

<sup>1)</sup> Staudinger-Seybold, § 2130 BGB RZ 1.

cc) Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen oder Sachübernahme

Besonderheiten gelten für die Kapitalerhöhung gegen Sacheinlagen oder Sachübernahmen. Die Zulassung zur Kapitalerhöhung beruht in diesen Fällen nicht auf dem aus der Mitgliedschaft entspringenden Bezugsrecht; dieses wird vielmehr ausgeschlossen <sup>1)</sup>. Das ergibt sich implizite aus dem Inhalt des Kapitalerhöhungsbeschlusses, an den das Gesetz besondere Anforderungen stellt: Die Person des Einbringenden (Gesellschafter oder Dritter), der Gegenstand der Sacheinlage oder Sachübernahme sowie der Geldwert der Einlage oder die Übernahmevergütung müssen in dem Kapitalerhöhungsbeschluß und der Übernahmeerklärung enthalten sein (§§ 56 Abs. 1, 55 Abs. 1 GmbHG).

Die Zulassung zur Einbringung solcher Individualleistungen läßt sich mit einem gleichzeitig bestehenden Bezugsrecht der Gesellschafter nicht in Einklang bringen, der Kapitalerhöhungsbeschluß wäre praktisch undurchführbar.

---

1) Über die Zulässigkeit des Ausschlusses zur Gewinnung von Sacheinlagen besteht allgemein Einverständnis. Vgl. Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3 B. Für die AG: Baumbach-Hueck, § 186 AktG RZ 14, 15; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 51; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 11.

Hinsichtlich des nicht durch Sacheinlagen gedeckten Teiles der Kapitalerhöhung greift das Bezugsrecht der Gesellschafter durch, falls insoweit nichts anderes bestimmt ist.

Daraus folgt, daß die Frage, ob der gegen Sacheinlage oder Sachübernahme erworbene neue Geschäftsanteil zur Erbschaft gehört oder dem Vorerben zur freien Verfügung zusteht, allein nach der sog. Mittelsurrogation (§ 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB) zu beurteilen ist, d.h. über die Zuordnung entscheidet die Herkunft der Mittel. Bringt der Gesellschaftervorerbe Erbschaftsgegenstände, z.B. Grundvermögen <sup>1)</sup> oder ein zur

- 
- 1) Bei der Einbringung von Erbschaftsgegenständen sind die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben zu beachten! Der nicht befreite Vorerbe bedarf zur Einbringung von Grundstücken und grundstücksgleichen Rechten der vorherigen Zustimmung des Nacherben. Sacheinlagen sind nämlich bis zur Anmeldung des Kapitalerhöhungsbeschlusses zu bewirken, d.h. sie müssen sich in der freien Verfügung der Geschäftsführer befinden (§§ 57 Abs. 2, 7 Abs. 2, 8 Abs. 2 GmbHG; vgl. auch § 11 RefE GmbHG). BGH NJW 1966, 1313; Baumbach-Hueck, § 7 GmbHG Bem. 4 A.

Das Sacheinlageversprechen muß daher grundsätzlich wirksam erfüllt sein. Das ist bei einer gemäß § 2113 ff. BGB nur auflösend bedingt wirksamen Verfügung des Vorerben nicht der Fall, da die dingliche Wirkung des Erfüllungsgeschäfts durch den Eintritt des Nacherbfalles begrenzt ist. Vgl. zur Frage der "Erfüllung": Palandt-Putzo, § 433 Bem. 2 A, 6; Baumbach-Hueck, § 7 GmbHG Bem. 4 B "Eigentumsvorbehalt", § 8 GmbHG Bem. 2 b. Die Zustimmung des Nacherben zur Einbringung ist daher dem Registergericht nachzuweisen, das andernfalls die Eintragung des Kapitalerhöhungsbeschlusses abzulehnen hat.

Besondere Bedeutung gewinnt im Zusammenhang mit der Einbringung von Erbschaftsgegenständen das (auch für den befreiten Vorerben geltende) Verbot unentgeltlicher Verfügung (§ 2113 Abs. 2 BGB). Da die Rechtsprechung die teilweise unentgeltliche Verfügung der voll-unentgeltlichen gleichstellt (BGH LM Nr. 1 zu § 2113 BGB; Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 2 a, bb), kann eine Unterbewertung der Sach-

Vorerbschaft gehörendes Handelsgeschäft, ein, so wird der neue Geschäftsanteil zur Nacherbschaft gezogen <sup>1)</sup>.

Stammen Sacheinlage oder Sachübernahme aus dem Eigenvermögen des Vorerben, zu dem auch die Nutzungen der Erbschaft zu rechnen sind, so erwirbt der Vorerbe den neuen Geschäftsanteil vorerbschaftsfrei. Das gilt insbesondere auch dann, wenn der Vorerbe der Gesellschaft Erbschaftsgegenstände, z. B. Grundstücke zur Nutzung überläßt und das von der Gesellschaft zu erbringende Nutzungsentgelt kapitalisiert einer Sachein-

---

einlage oder Sachübernahme zur Nichtigkeit der Verfügung des Vorerben mit dem Eintritt des Nacherbfall es führen, wenn der Erbschaft in dem neuen Geschäftsanteil kein vollwertiger Gegenwert für die Aufopferung der Erbschaftsgegenstände erwächst. Das ist z.B. denkbar, wenn der Vorerbe ein zur Vorerbschaft gehörendes Einzelhandelsgeschäft zu den Buchwerten einbringt und den Mitgesellschaftern stille Reserven ohne Gegenleistung zuwachsen. Vgl. zur Einbringung eines Handelsgeschäfts in eine GmbH: Sudhoff, 124 ff.; zur (teilweise unentgeltlichen) Einbringung eines Handelsgeschäfts durch den Vorerben in eine OHG: OLG Hamm DNotZ 1963, 559 (Beschränkung der Nichtigkeitsfolgen des § 2113 Abs. 2 BGB). - Das Registergericht sollte in diesen Fällen grundsätzlich die Zustimmung des Nacherben zur Einbringung fordern.

- 1) Surrogation zugunsten der Vorerbschaft tritt auch ein, wenn der neue Geschäftsanteil durch Umwandlung von Nachschußkapital belegt wird, da die Forderung auf Rückzahlung von Nachschüssen zur Erbschaft gehört. Vgl. zur Umwandlung von Nachschußkapital: Rauch, I, 119 FN 4; Scholz, § 56 GmbHG RZ 4; Brodmann, § 56 GmbHG Bem. 1 b.

lage zugrundegelegt wird <sup>1)</sup>. Da dem Vorerben die aus der Vermietung und Verpachtung zufließenden Erträge als Nutzungen gebühren, nämlich als Früchte, welche die Erbschaftsgegenstände vermöge eines Rechtsverhältnisses gewähren (§ 99 Abs. 3 BGB), und die Einlage durch das kapitalisierte Nutzungsentgelt belegt wird, ist der neue Geschäftsanteil dem freien Vermögen des Vorerben zuzuordnen.

Auch der Gewinnanspruch des Gesellschaftervorerben ist als Nutzung seinem Eigenvermögen zuzurechnen. Verwendet er den Gewinnanspruch zur Erfüllung einer Einlageverpflichtung aus einer Kapitalerhöhung, so bieten sich dazu allerdings verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten an, die für die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils zu berücksichtigen sind:

Die Verwendung des Gewinnanspruchs im Rahmen einer Kapitalerhöhung ist, wenn der Gewinn nicht vorher in eine Rücklage eingestellt und nach dem KapErhG in Nennkapital umgewandelt

---

1) Zur Zulässigkeit vgl.: Lutter, 232; Sudhoff, 117; Baumbach-Hueck, § 5 GmbHG Bem. 5 A; Scholz, § 5 GmbHG RZ 15. Für die AG: Baumbach-Hueck, § 27 AktG RZ 3; Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 27 RZ 28; Barz in Großkomm. zum AktG, § 27 Anm. 11.

worden ist <sup>1)</sup>, nur als sog. Doppelmaßnahme <sup>2)</sup> möglich, nämlich in der Weise, daß

- a) der selbständig bestehende Gewinnanspruch <sup>3)</sup> des Gesellschafters zum Gegenstand einer Sacheinlage wird (§§ 56 Abs. 1, 55 Abs. 1, 5 Abs. 4 GmbHG) <sup>4)</sup> oder

- 
- 1) Vgl. zur Rechtslage oben S. 87 ff.
- 2) Diese ist nach wie vor neben der Umwandlung von Rücklagen in Nennkapital nach dem KapErhG zulässig: Flume, DB 1964, 21; Lutter, 213; Zintzen-Halft, 24, 72; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. II.
- 3) Es ist grundsätzlich anerkannt, daß eine Forderung gegen die Gesellschaft auf Kapital eingebracht werden kann. BGHZ 15, 52, 60; Lutter, 233 ff.; Baumbach-Hueck, § 56 GmbHG Bem. 1; Scholz, § 5 GmbHG RZ 15, § 56 GmbHG RZ 4. Für die AG: Baumbach-Hueck, § 27 AktG RZ 3; Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 27 RZ 33; Barz in Großkomm. zum AktG, § 27 Anm. 12.
- 4) Rechtstechnisch vollzieht sich die sog. Doppelmaßnahme so, daß die Gesellschafter nach Feststellung der Jahresbilanz die Auskehrung des Reingewinns beschließen (§ 46 Ziff. 1 GmbHG) und anschließend über die Kapitalerhöhung mit der Wiedereinlage ihrer Gewinnansprüche Beschluß fassen. Der Wiedereinlagebeschluß muß einstimmig gefaßt sein bzw. bedarf der Zustimmung der sich an ihm beteiligenden Gesellschafter. Scholz, § 56 GmbHG RZ 4. Für die AG: Rauch, I, 136 ff., 140/1; Lutter, 213. Der einmal entstandene Gewinnanspruch unterliegt nämlich als ein selbständiges Gläubigerrecht ausschließlich der Verfügungsbefugnis des Gesellschafters und ist der Einwirkung durch die Gesellschaft nicht mehr zugänglich; das gilt auch dann, wenn die Satzung die Gewinnverwendung - also die Beschlußfassung über die Verteilung des Bilanzgewinns - in das Ermessen der Gesellschafterversammlung stellt. Das Zustimmungserfordernis zur Wiedereinlage des Gewinnanspruchs folgt ferner aus § 53 Abs. 3 GmbHG, wonach eine Vermehrung der den Gesellschaftern nach dem Gesellschaftsvertrag obliegenden Leistungen nur mit Zustimmung sämtlicher beteiligter Gesellschafter beschlossen werden kann.
- Der Gewinnanspruch erlischt durch Konfusion mit der

- b) eine Bareinzahlungsverpflichtung begründet wird und die Gesellschaft <sup>1)</sup> ihre Bareinzahlungsforderung gegen die Forderung des Gesellschafters auf Auszahlung des Gewinns aufrechnet <sup>2)</sup>.

Im letzteren Falle einer Bareinzahlungsverpflichtung mit Aufrechnung seitens der Gesellschaft gelten für die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils die vorstehenden Ausführungen zum Bezugsrecht <sup>3)</sup>.

---

Erfüllung der Sacheinlageverpflichtung, nämlich Übertragung der Forderung auf die Gesellschaft, oder durch Erlaß. Flume, DB 1964, 21; Lutter, 234, 239 FN 90.

- 1) Dem Gesellschafter selbst ist eine Aufrechnung nicht möglich (§ 19 Abs. 2 Satz 2 GmbHG).
- 2) Tertium non datur. Flume, DB 1964, 21; Lutter, 239 FN 90. - Wiedemann (in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. II) geht offenbar von der Bareinzahlungspflicht mit Aufrechnung seitens der Gesellschaft aus.

Wesentliche Unterschiede ergeben sich bei beiden Gestaltungsmöglichkeiten für die Haftung der Gesellschafter im Ergebnis nicht. - Bei der Sacheinlage haftet der Gesellschafter für den rechtlichen Bestand und den Wert des Gewinnanspruchs. Es ist insbesondere die Gewinnauszahlungssperre des § 30 Abs. 1 GmbHG zu beachten; erleidet die Gesellschaft Verluste mit der Folge, daß die Auszahlung der Dividende das Stammkapital angreifen würde, so besteht der Gewinnanspruch nicht mehr. Der Gesellschafter haftet auf Bareinzahlung. Flume, aaO.

Die Aufrechnung gegen eine Bareinzahlungsforderung ist der Gesellschaft nur möglich, wenn der Gewinnanspruch vollwertig, fällig und liquide ist. BGHZ 15, 52, 59; Flume, aaO.; Baumbach-Hueck, § 19 GmbHG Bem. 4 A; Scholz, § 19 GmbHG RZ 15, 16. - Vgl. zur Frage, welche der beiden Gestaltungsmöglichkeiten anzunehmen ist: Lutter, 239/240. Ist in dem Kapitalerhöhungsbeschluß von der Verwendung des Gewinnanspruchs keine Rede, so bleibt allenfalls die Möglichkeit einer Aufrechnung seitens der Gesellschaft.

- 3) Für die AG: Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 207 Vorbem. II.

Wird der Gewinnanspruch des Vorerben zum Gegenstand einer Sacheinlage gemacht, so enthält die Vereinbarung über die Sacheinlage in dem Kapitalerhöhungsbeschluß *implicite* den Ausschluß eventuell bestehender Bezugsrechte der Gesellschafter. Die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils ist im Verhältnis des Vorerben zum Nacherben nach der sog. Mittelsurrogation zu entscheiden. Das bedeutet, daß der neue Geschäftsanteil in vollem Umfange dem freien Vermögen des Vorerben zuzuordnen ist, weil die Sacheinlage aus dem vorerbschaftsfreien Vermögen des Vorerben, nämlich den Nutzungen des zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteils, belegt wird <sup>1)</sup>.

In Bezug auf die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils ergeben sich damit gegenüber der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln nach dem KapErhG ganz andere Ergebnisse, die auf den ersten Blick überraschen mögen. Das beruht indessen darauf, daß die Kapitalerhöhung nach dem KapErhG und die Kapitalerhöhung gegen Wiedereinlage von Gewinnansprüchen in ihren rechtlichen Voraussetzungen und zwangsläufig auch in ihren rechtlichen Folgen verschieden sind. Bei der Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln vollzieht sich die Schaffung der neuen Anteilsrechte durch Umwandlung von Rücklagen in haftendes Kapital. Der Kapitalerhöhungsbeschluß greift nicht in das Vermögen der Gesellschafter ein. Einlagen sind

---

1) An dem Nutzungscharakter des Gewinnanspruchs ändert sich rechtlich natürlich nichts, wenn dieser durch Vereinbarung mit der Gesellschaft als Sacheinlage auf eine Kapitalerhöhung wieder eingebracht werden soll. In der Entscheidung darüber, ob er den Gewinnanspruch wiedereinbringen will, ist der Vorerbe frei. Er kann die Auszahlung wählen, nimmt dann allerdings an der Kapitalerhöhung nicht teil.

von den Gesellschaftern nicht zu leisten. Der Gegenwert für die neuen Geschäftsanteile befindet sich bereits im Vermögen der Gesellschaft. Ist dies etwa infolge unrichtiger Bilanzierung oder zwischen Bilanzstichtag und Kapitalerhöhung eingetretener Verluste nicht der Fall, so haften die Gesellschafter nicht auf die Differenz <sup>1)</sup>. Die neuen Anteilsrechte gelten vielmehr als voll eingezahlt (§ 8 Abs. 2 KapErhG).

Die Gewinnumwandlung enthält demgegenüber eine Verfügung über einen echten Vermögenszuwachs der Gesellschafter. Mit der Wiedereinlage ihrer Gewinnansprüche opfern sie selbständige Gläubigerrechte auf. Aus der Sicht des Vorerben ist der neue Geschäftsanteil Gewinnsurrogat. Besteht der Gewinnanspruch nicht oder fällt er wegen zwischenzeitlich entstandener Verluste weg, so daß die Auszahlung das Stammkapitals angreifen würden (§ 30 Abs. 1 GmbHG), so haftet der Gesellschaftervorerbe nach den allgemeinen Grundsätzen des Sacheinlageversprechens auf Bareinzahlung <sup>2)</sup>, und zwar ausschließlich mit seinem Eigenvermögen. Das rechtfertigt aber die Zuweisung des auf der Gewinn-

---

1) Baumbach-Hueck, Anh. nach § 57 GmbHG, § 8 KapErhG Bem. 2.

Für die AG: Baumbach-Hueck, § 211 AktG RZ 3; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 211 RZ 8; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 211 Anm. 2.

2) Flume, DB 1964, 21, 22.

umwandlung beruhenden neuen Geschäftsanteils zum Eigenvermögen des Vorerben <sup>1)</sup>.

### Ergebnis:

Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital nach dem KapErhG aus Gesellschaftsmitteln, so gehört der neue Geschäftsanteil, den der Gesellschaftervorerbe erwirbt (§ 9 KapErhG), als Surrogat zum Nachlaß (sog. einfache Surrogation: entsprechend § 2111 Abs. 1 Satz 1, 1. Altern. BGB).

Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital gegen Bar- oder Sacheinlagen (§§ 55, 56 GmbHG), so kommt es für die Zuordnung des neuen Geschäftsanteils grundsätzlich darauf an, ob der Vorerbe die Einlage aus Eigen- oder Nachlaßmitteln leistet. Je nach dem Umfang des Nachlaßaufwandes tritt Teil- oder Vollsurrogation ein (sog. Mittelsurrogation: § 2111 Abs. 1 Satz 1, 3. Altern. BGB).

- 
- 1) Es liegt auf der Hand, daß der Gesellschaftervorerbe den Nacherben im Wege der Kapitalerhöhung um qualifizierte Beteiligungen bringen kann. Das gilt insbesondere dann, wenn er beherrschenden Einfluß auf die Gesellschaft und ihre Beschlußfassungen nehmen kann. In diesem Falle ist es ihm möglich, die aufgezeigten rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten zielbewußt zu seinem eigenen Vorteil einzusetzen. Die erbrechtlichen Bestimmungen gewähren dem Nacherben insoweit keinen Schutz. In der Verfügung und Verwaltung des Nachlasses ist der Vorerbe vielmehr grundsätzlich frei.

Will der Erblasser eine Einflußnahme des Vorerben über den Nacherbfall hinaus vermeiden, insbesondere eine Überfremdung der Gesellschaft und Aufspaltung der Beteiligung anläßlich des Nacherbfalles, so bietet sich dazu eine statutarische Abgabepflicht zugunsten des Nacherben an. Vgl. dazu auch oben, S. 147 FN 2 a.E.

## II. Surrogation bei der Verschmelzung und Umwandlung der GmbH

Während der Dauer der Vorerbschaft kann die GmbH durch Verschmelzung in einer anderen Gesellschaft aufgehen oder durch Umwandlung in eine andere Gesellschaftsform überführt werden. Der Vorerbe erhält in diesem Falle für die Geschäftsanteile entweder neue Beteiligungen oder einen Abfindungsanspruch. Die Zuordnung des Beteiligungserwerbes zum Nachlaß oder zum frei verfügbaren Eigenvermögen des Vorerben bereitet zumindest teilweise einige Abgrenzungsschwierigkeiten. Das gilt allerdings nicht für die Tatbestände der Verschmelzung und der sog. formwechselnden Umwandlung.

### 1) Verschmelzung

Eine GmbH kann mit einer AG (KGaA) durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die AG (KGaA) gegen Gewährung von Aktien dieser Gesellschaft verschmolzen werden (§§ 355, 356 AktG). Die GmbH bringt - für ihre Gesellschafter - ihr Vermögen als Sacheinlage gegen Gewährung von Aktien ein <sup>1)</sup>. Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der GmbH geht ihr Vermögen einschließlich der Verbindlichkeiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die AG (KGaA) über. Die GmbH erlischt; ihre Gesellschafter werden mit der Eintragung der Verschmelzung Aktionäre der übernehmenden Gesellschaft (§§ 355 Abs. 2, 346 Abs. 3, 4 AktG).

---

1) Schilling, Die AG 1958, 229.

Die neuen Aktien, die der Vorerbe nach näherer Bestimmung des in dem Verschmelzungsvertrag festgelegten Beteiligungsverhältnisses erwirbt, werden zur Erbschaft gezogen (entsprechend § 2111 Abs. 1 Satz 1 Fall 1 BGB, sog. einfache Surrogation); denn Grundlage des Erwerbes sind die zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteile, an deren Stelle die Aktien der übernehmenden Gesellschaft treten. Der Gesellschaftervorerbe erwirbt sie als Surrogate kraft Gesetzes (§§ 355 Abs. 2, 346 Abs. 4 Satz 3 AktG) <sup>1)</sup>.

- 
- 1) "Erwerb kraft Gesetzes": Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 346 RZ 5.

Der Gesetzeswortlaut, wonach die Gesellschafter der übertragenden GmbH "Aktionäre" der übernehmenden Gesellschaft werden, könnte die Annahme nahelegen, daß die Mitgliedschaftsrechte in der GmbH nicht untergehen und in der übernehmenden AG kraft Gesetzes neu begründet werden, sondern daß vielmehr eine die Identität wahrende Fortsetzung der Mitgliedschaft durch Umwandlung der Geschäftsanteile in Aktien stattfindet. Das trifft indessen im Unterschied zu den Tatbeständen der formwechselnden Umwandlung, auf die noch eingegangen werden wird, nicht zu. Die übernehmende AG kann für den Umtausch auch eigene Aktien verwenden, die bereits im Rechtsverkehr umgelaufen und in Wertpapieren verbrieft sind. Zwischen den bereits vorhandenen Aktien und den infolge Verschmelzung untergehenden Geschäftsanteilen kann aber nicht eine identitätswahrende Fortsetzung der Mitgliedschaft in veränderter Rechtsform angenommen werden.

Der Übergang dinglicher Rechte (Nießbrauch, Pfandrecht) an den alten Anteilen der übertragenden AG oder GmbH auf die neuen Anteile an der übernehmenden AG (KGaA) ist deswegen auch unter Hinweis auf die §§ 1075, 1275 BGB im Wege der dinglichen Ersetzung begründet worden. So: Murray, 48, 55; Kraft in Kölner Komm. zum AktG, § 346 RZ 12, § 355 RZ 9;

## 2) Umwandlung der GmbH

Die Gesellschafter einer GmbH können die GmbH in eine AG, in eine KGaA (§§ 376, 389 AktG), in eine OHG, in eine KG, in eine GesbR oder in der Weise umwandeln, daß das Gesellschaftsvermögen unter Ausschluß der Abwicklung auf einen Gesellschafter übertragen wird (§ 1 Abs. 1 UmwG).

### a) Sog. formwechselnde Umwandlung.

Bei der sog. formwechselnden Umwandlung der GmbH in eine AG (KGaA) ändert die Gesellschaft unter Wahrung ihrer Identität lediglich die Rechtsform (§§ 381 Satz 1, 391 Satz 1 AktG). Eine Einzel- oder Gesamtrechtsnachfolge der neuen Gesellschaft tritt nicht ein <sup>1)</sup>.

Gleiches gilt für die mitgliedschaftliche Beteiligung an der GmbH, die nunmehr unter Wahrung ihrer substantiellen Identität <sup>2)</sup> als Aktie mit dem diese Beteiligung kennzeichnenden Inhalt fortbesteht (§§ 381 Satz 2, 391 Satz 2 AktG).

---

Böttcher-Meilicke, § 240 AktG 37 RZ 42; wohl auch: Baumbach-Hueck, § 346 AktG RZ 16; v. Godin-Wilhelmi, §§ 339 AktG Anm. 13, 355 AktG Anm. 11; Schilling in Großkomm. zum AktG 37, § 240 Anm. 46, § 249 Anm. 9. - Vgl. auch Schilling, Die AG 1958, 229: "Kontinuität der Mitgliedschaft".

1) Baumbach-Hueck, § 81 GmbHG Anh. Bem. 3 B; Scholz, §§ 80, 81 GmbHG RZ 2; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81 GmbHG Einl. S. 567/8, Anh. II Einl., S. 582; Baumbach-Hueck, Übers. vor § 362 AktG RZ 2; v. Godin-Wilhelmi, Vorbem. vor § 362 AktG; Böttcher-Meilicke, S. 42; Staudinger-Böhmer, § 1922 BGB RZ 45.

2) Vgl. BFH BStBl. 1970 II, 463.

Daraus folgt, daß auch die dem Vorerben aufgrund der Umwandlung zugefallenen Aktien ohne weiteres zur Vorerbschaft gehören und den Bindungen unterliegen, die das Gesetz dem Vorerben im Interesse des Nacherben auferlegt. Einer Begründung nach den Surrogationsgrundsätzen bedarf es nicht, weil die mitgliedschaftliche Beteiligung des Vorerben nicht untergegangen ist, der Vorerbe mithin keinen Erbschaftsgegenstand aufgeopfert und dafür einen Ersatzgegenstand erworben hat. Die Mitgliedschaftsrechte des Gesellschaftervorerben in der GmbH haben nur eine Änderung ihrer Rechtsform erfahren; die Geschäftsanteile sind zu Aktien geworden <sup>1)</sup>.

Erklärt der Gesellschaftervorerbe anlässlich der Umwandlung einer GmbH in eine KGaA seinen Beitritt als persönlich haftender Gesellschafter, so ist die Rechtsstellung des Gesellschaftervorerben als Komplementär und als Kommanditaktionär zu unter-

---

1) Folgerichtig ordnet das Gesetz an, daß auch die an einem Geschäftsanteil bestehenden Rechte Dritter an der an die Stelle tretenden Aktie weiterbestehen (§§ 381 Satz 3, 391 Satz 3 AktG). Der Gesetzeswortlaut bestätigt, daß die Umwandlung der Geschäftsanteile in Aktien rechtstechnisch nicht den Surrogationstatbeständen zuzurechnen ist; denn in den Fällen der Fortsetzung dinglicher Belastungen an Surrogationsgegenständen bestimmt das Gesetz, daß der Gläubiger den geleisteten Gegenstand, der Nießbraucher den Nießbrauch, der Pfandgläubiger das Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstand erwirbt (§§ 1075 Abs. 1, 1287 BGB).

Ebenso im Ergebnis: Murray, 48 FN. 3, 70.

scheiden. In der KGaA können die Komplementäre zugleich Kommanditaktionäre sein und haben dann zusätzlich deren Stellung <sup>1)</sup>, d. h. ihre Beteiligung bildet in diesem Falle keine unlösbare Einheit <sup>2)</sup>, sondern läßt sich einer differenzierenden rechtlichen Beurteilung zuführen. Für die Anwendung der Regeln über die Vorerbschaft folgt daraus:

- aa) Als Kommanditaktionär unterliegt der Vorerbe im Hinblick auf Aktien, die aus der Umwandlung von Geschäftsanteilen der Vorerbschaft hervorgegangen sind, den erbrechtlichen Bindungen, die das Gesetz dem Vorerben auferlegt.
- bb) Als Komplementär unterliegt er diesen Bindungen nicht, weil seine Beteiligung personengebunden ist und mit der durch die Beitrittserklärung zusätzlich übernommenen persönlichen Haftung verbunden ist. Insoweit besteht seine Rechtsstellung als Komplementär selbständig und abgrenzbar neben der der Vorerbschaft unterwor-

---

1) Baumbach-Hueck, § 278 AktG RZ 5. Vgl. zum Stimmrecht: § 285 AktG.

2) Anders bei der KG. Der Komplementär kann nicht zugleich Kommanditist sein, noch kann sich ein Kommanditist an der KG mit mehreren Kommanditeinlagen beteiligen. Schlegelberger-Geßler, §§ 161 HGB RZ 24, 177 HGB RZ 7.

fenen Beteiligung als Kommanditaktionär <sup>1)</sup>.

---

- 1) Als Komplementär braucht der Gesellschaftervorerbe keine Vermögenseinlage zu leisten. Baumbach-Hueck, § 281 AktG RZ 3. Verpflichtet er sich zu Vermögenseinlagen, die nicht auf das Grundkapital geleistet werden, sog. Sondereinlagen (§§ 281 Abs. 2, 362 Abs. 2 Satz 4, 389 AktG), dann wird seine Rechtsstellung als Komplementär auch dann nicht zur Vorerbschaft gezogen, wenn er die sog. Sondereinlage aus der Vorerbschaft erbringt.

Die Surrogationsgrundsätze greifen mangels Übertragbarkeit nicht ein, wenn der Erwerb von der Person des Handelnden nicht gelöst werden kann. RG Seuff A 75, 288, 289; Feist, 86; Lange, 533; Kipp-Coing, 222; Staudinger-Lehmann, § 2019 BGB RZ 5. - Das trifft nach h. M. aber auf die Beteiligung des Gesellschaftervorerben als Komplementär zu, denn für die Rechtsbeziehungen der Komplementäre untereinander und für ihre Rechtsbeziehungen zur Gesamtheit der Kommandit-Aktionäre gelten die Vorschriften des HGB über die KG, d.h. §§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 705 ff. BGB.

Zur Vorerbschaft gehört danach allenfalls der (übertragbare) Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 717 Satz 2 BGB). So: RG aaO. für die Einbringung von Vorerbschaftsgegenständen in eine OHG; Kipp-Coing, 222 FN 11a; Palandt-Keidel, § 2111 BGB Bem. 2b; Erman-Hense, § 2111 BGB RZ 4; Johannsen in BGB-RGRK, § 2111 BGB Anm. 9; Staudinger-Seybold, § 2111 BGB RZ 7. A.A. im Sinne einer Vollsurrogation der gesamten Beteiligung: Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 99, mit der Begründung, daß die Mitgliedschaft im Wege der Vertragsübernahme (§ 305 BGB) auf einen anderen Träger übergeleitet werden könne, mithin übertragbar sei.

b) Sog. verschmelzende Umwandlung

Das Umwandlungsgesetz unterscheidet die Übertragung des Vermögens der GmbH auf eine bestehende OHG oder den Allein- oder Hauptgesellschafter (9/10 des Stammkapitals) der GmbH. Regelmäßig wird der Gesellschaftervorerbe Minderheitsgesellschafter der GmbH sein. Er scheidet dann mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses und der Auflösung der GmbH aus. Als Ersatz für seinen Geschäftsanteil erhält er einen Anspruch auf eine angemessene Barabfindung, der sich gegen die OHG oder den Hauptgesellschafter richtet (§§ 24, 15, 12 UmwG) <sup>1)</sup>. Der Abfindungsanspruch und die darauf gezahlte Barabfindung fallen als Surrogate des Geschäftsanteils in die Erbschaft (sog. einfache Surrogation: entsprechend § 2111 Abs. 1 Satz 1, 1. Altern. BGB).

Wandelt der Gesellschaftervorerbe als Allein- oder Hauptgesellschafter <sup>2)</sup> die GmbH gemäß § 15 UmwG auf sich um, so fällt das Gesellschaftsvermögen der GmbH in die Vorerbschaft (sog. Mittelsurrogation: entsprechend § 2111 Abs. 1 Satz 1, 3. Altern. BGB). Es ist durch Rechtsgeschäft, nämlich die Be-

---

1) Handelt es sich bei dem übernehmenden Hauptgesellschafter um eine AG, sind wahlweise neben der Barabfindung auch eigene Aktien anzubieten (§ 15 Abs. 1 Satz 2, 3 UmwG). Das Wahlrecht auf den Bezug übt der Vorerbe aus (§ 2112 BGB). Die Aktien gehören zur Vorerbschaft.

2) Der Abfindungsanspruch ausscheidender Minderheitsgesellschafter ist eine Nachlaßerbenschuld, für die der Vorerbe auch persönlich haftet, sofern er diese Haftung nicht durch Vereinbarung beschränkt hat.

schlußfassung über die Umwandlung <sup>1)</sup>, mit Mitteln des Nachlasses erworben. Zwar ist das Gesellschaftsvermögen der GmbH als juristischer Person zugeordnet (§ 13 Abs. 1 GmbHG), nicht dem Gesellschaftervorerben in seiner Eigenschaft als Allein- oder Hauptgesellschafter. Der Gesellschaftervorerbe erwirbt dieses Vermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge nach der GmbH. Der Erwerb beruht indessen auf seiner Stellung als Gesellschafter und wird durch die zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteile vermittelt. Das reicht für die Annahme der sog. Mittelsurrogation aus <sup>2)</sup>.

Gehören die Geschäftsanteile an der umgewandelten GmbH teils zur Vorerbschaft, teils zum Eigenvermögen des Vorerben, so findet nach dem Verhältnis der Anteile zueinander Teilsurrogation an dem Gesellschaftsvermögen der GmbH statt <sup>3)</sup>.

---

1) BGHZ 24, 106, 111.

2) Daß der Erwerb konstruktiv auf gesetzlicher Vorschrift, nämlich § 5 UmwG, beruht, steht der Annahme der Mittelsurrogation nicht entgegen. BGHZ 40, 115, 123. Bei der sog. Mittelsurrogation ist "nicht ein formalenger, sondern ein wirtschaftlicher Maßstab" anzulegen.

3) Vgl. zur Teilsurrogation oben S. 137 FN 2. Führt der Vorerbe die umgewandelte GmbH als Einzelhandelsgeschäft fort, so ergeben sich mit dem Nacherbfall ganz erhebliche Auseinandersetzungsschwierigkeiten. Vgl. dazu F. Baur/Grunsky, ZHR 1970, 209.

c) Errichtende Umwandlung

Die Gesellschafter einer GmbH können die Umwandlung der GmbH in eine zu errichtende Personalgesellschaft (OHG, KG, BGB-Gesellschaft), an der alle oder nur zustimmende GmbH-Gesellschafter als Gesellschafter beteiligt sind, und zugleich die Übertragung des Vermögens der GmbH auf die zu errichtende Gesellschaft beschließen (§§ 24, 16 ff. UmwG). Die Gesellschaft entsteht mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses (§ 18 Abs. 2 UmwG); zugleich geht das Vermögen der GmbH einschließlich der Schulden kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf sie über (§ 5 UmwG). Die GmbH ist damit aufgelöst.

Beteiligt sich der Vorerbe an der neuen Gesellschaft nicht, so scheidet er mit dem Wirksamwerden der Umwandlung gegen eine angemessene Barabfindung aus (§§ 19 Abs. 3, 12 UmwG). Die Barabfindung fällt als Surrogat des Geschäftsanteils in die Vorerbschaft. Insoweit ergeben sich keine besonderen Schwierigkeiten.

Sehr zweifelhaft ist demgegenüber die Rechtslage, wenn sich der Vorerbe an der neuen Gesellschaft beteiligt. Es fragt sich, ob die aus der Umwandlung hervorgegangene Beteiligung zur Vorerbschaft oder zum Eigenvermögen des Vorerben zu rechnen ist.

aa) Sie ist in Bezug auf alle aus dem Gesellschaftsverhältnis entspringenden Rechte und Pflichten der Vorerbschaft zuzuordnen, wenn entsprechend der Rechtslage bei der formwechselnden Um-

wandlung eine Identität der Gesellschafterstellung in der GmbH und in der Personalgesellschaft angenommen werden kann, d. h. die Beteiligung an der GmbH sich ohne weiteres an der Personalgesellschaft fortsetzt.

Die Beteiligung unterliegt dann auch ohne erbrechtliche Surrogation in vollem Umfang den Beschränkungen, die das Gesetz für die zur Vorerbschaft gehörenden Gegenstände aufstellt. Die Nachlaßgläubiger können auf diese zugreifen; es erwächst ihnen nicht die Konkurrenz der Eigengläubiger des Vorerben (§ 2115 BGB). Die Nachfolge des Nacherben in die Gesellschafterstellung ist zumindest bei der KG gesichert, wenn der Gesellschaftervorerbe im Wege der Umwandlung die Rechtsstellung eines Kommanditisten gewählt hat. Durch den Tod des Kommanditisten wird die Gesellschaft nicht aufgelöst (§ 177 HGB), seine Rechtsstellung ist vielmehr vererblich. Die Kommanditbeteiligung des Vorerben fällt danach mit dem Eintritt des Nacherbfalles dem Nacherben an <sup>1)</sup>.

---

1) Bei der Einsetzung eines Vorerben dürfte der Eintritt des Nacherbfalles, mithin das Ende seiner Berechtigung, dem Ausscheiden des Vorerben von Todes wegen auch in Fällen gleichzusetzen sein, in denen der Nacherbfall infolge Zeitablaufes oder Eintritts einer Bedingung verwirklicht wird und der Vorerbe den Nacherbfall überlebt.

In die Rechtsstellung des Vorerben als eines Komplementärs oder Gesellschafters einer OHG oder BGB-Gesellschaft würde der Nacherbe dann nachfolgen, wenn der Gesellschaftsvertrag die Fortsetzung mit den Erben vorsieht (§§ 161 Abs. 2, 139 HGB, 718 Abs. 1 BGB) <sup>1)</sup>.

- bb) Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn der Erwerb der Mitgliedschaft in der durch Umwandlung errichteten Personalgesellschaft nach Surrogationsgrundsätzen zu beurteilen ist. Der Grundsatz der dinglichen Surrogation erweist sich nämlich insoweit als undurchführbar, als der Erwerb mangels Übertragbarkeit des Rechts von der Person des Erwerbers (hier: des Personalgesellschafters) nicht gelöst werden kann <sup>2)</sup>.

Nach §§ 717 Satz 1 BGB, 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB sind die Ansprüche, die den Gesellschaftern aus dem Gesellschaftsverhältnis gegeneinander zustehen, nicht übertragbar. Nach § 719 Abs. 1 HGB kann der Gesellschafter über seinen Anteil

---

1) Andernfalls wird die Gesellschaft mit dem Eintritt des Nacherbfalles gemäß §§ 131 Nr. 4 HGB, 727 Abs. 1 BGB aufgelöst; der Nacherbe wird Mitglied der Liquidationsgesellschaft.

Sieht der Gesellschaftsvertrag gemäß §§ 138 HGB, 736 BGB die Fortsetzung unter den übrigen Gesellschaftern vor, wächst der Anteil des Vorerben den Mitgesellschaftern an, dem Nacherben steht lediglich ein Abfindungsanspruch zu (§§ 105 Abs. 2 HGB, 738 Abs. 1 Satz 2, 732 BGB).

2) RGSeuffA 75, 288, 289; Lange 533; Kipp-Coing, 222. Vgl. dazu auch oben S. 163 FN 1.

an dem Gesellschaftsvermögen und an den einzelnen dazugehörenden Gegenständen nicht verfügen. Diesen Vorschriften wird überwiegend entnommen, daß nicht nur die einzelnen Mitgliedschaftsrechte des Gesellschafters, sondern seine Mitgliedschaftsstellung als ganze grundsätzlich nicht übertragbar sind<sup>1)</sup>. Bei Anwendung der Surrogationsgrundsätze würde daraus folgen, daß die Beteiligung an der aus der Umwandlung hervorgegangenen Personalgesellschaft (OHG, KG, BGB-Gesellschaft) nicht in die Vorerbschaft fällt. Zur Vorerbschaft könnten allenfalls der übertragbare Abfindungsanspruch oder der Anspruch auf das Auseinandersetzungsguthaben (§ 717 Satz 2 BGB) gehören<sup>2)</sup>, der für den Nacherben mit dem Eintritt des Nacherbfalles unter Umständen nicht einmal realisierbar wäre, Denn der Anspruch auf das Auseinandersetzungs- oder Abfindungsguthaben ist ein während der Dauer der Mitgliedschaft zukünftiger Anspruch, der erst durch das Ausscheiden des Gesellschafters oder durch die Auflösung der Gesellschaft fällig wird und ein

---

1) Anders Hadding, Festschr. f. R. Reinhardt, 249, 256 ff., und Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 99.

2) So für die Einbringung von Vorerbschaftsgegenständen in eine OHG: RGSeuffA 75, 288, 289. Vgl. im übrigen die Nachweise oben S. 163 FN 1.

Der Gewinnanspruch sowie Ansprüche des Vorerben aus der Geschäftsführung wären natürlich ungeachtet ihrer Übertragbarkeit gemäß § 717 Satz 2 BGB wegen ihres Nutzungs- oder Entgeltscharakters von der Surrogation ausgenommen.

Erlöschen der Beteiligung voraussetzt. Ein Erlöschen der Beteiligung tritt aber in den Fällen der kraft Gesetzes (§ 177 HGB) oder der im Gesellschaftsvertrag (§§ 139 HGB, 738 BGB) vorgesehenen Vererblichkeit der Gesellschafterstellung nicht ein <sup>1)</sup>. Die Gesellschafterstellung als solche würde danach als zum Eigenvermögen des Vorerben gehörend ohne Auflösung der Mitgliedschaft auf die Erben des Vorerben übergehen, ein Abfindungsguthaben in der Person des Nacherben mit dem Nacherbfall nicht entstehen <sup>2)</sup>.

Die in der Regel besonders wertvolle Gesellschafterstellung wäre dem Nacherben mithin nicht nur als solche entzogen, auch ihre Surrogate könnte er nicht mit dem Eintritt des

---

1) Es entspricht der heute ganz überwiegend vertretenen Auffassung in Rechtslehre und Rechtsprechung, daß die vererbliche Gesellschafterstellung in den Personengesellschaften als Einheit aus vermögens- und personenrechtlichen Elementen auf den Erben übergeht. Mit eingehender Begründung: Richardi, 4 ff.; Wiedemann, 53 ff.

2) Vgl. für die Beendigung der allgemeinen Gütergemeinschaft: RGZ 146, 282.

In den Fällen einer auflösend bedingten oder zeitlich befristeten Vorerbschaft würde der Vorerbe auch nach Eintritt des Nacherbfalles - mangels Auflösung der Mitgliedschaft - Gesellschafter bleiben.

Nacherbfalles einziehen <sup>1)</sup>.

Die divergierenden Rechtsfolgen, die sich aus der Annahme einer identitätswahrenden Umwandlung der Mitgliedschaftsstellung oder einer Surrogation ergeben, treten dann nicht ein, wenn die Gesellschafterstellung in der errichtenden Gesellschaft kraft Gesellschaftsstatuts übertragbar gestaltet ist <sup>2)</sup>. Die Gesellschafterstellung fällt in diesem Falle auch nach den Surrogationsgrundsätzen in die Vorerbschaft. Es steht den Gesellschaftern indessen frei, eine dahingehende Bestimmung zu treffen. In dem Umwandlungsbeschluß ist sie jedenfalls nicht schon enthalten. Darin sind lediglich Firma und Sitz der OHG festzusetzen (§ 17 Abs. 2 UmwG); bei der Umwandlung in eine KG muß der Beschluß außerdem die Bezeichnung der Kommanditisten und den Betrag ihrer Einlage enthalten (§ 20 UmwG). Weiterer Festsetzungen bedarf es in dem Umwandlungsbeschluß nicht; es gelten im übrigen die gesetzlichen Bestimmungen über die Personalgesellschaften (§§ 105 ff., 161 ff.

---

1) Der Zeitpunkt einer Realisierung wäre ungewiß und ebenso die Entwicklung dieses Anspruchs, der im ungünstigen Falle keinen Wert hätte, wenn der Vorerbe oder dessen Erben bei negativem Kapitalkonto aus der Gesellschaft ausscheiden. Vgl. dazu auch: RGZ 146, 282, 285/6.

2) Zur Zulässigkeit vgl.: Wiedemann, 44 ff.; Palandt-Thomas, § 717 BGB Bem. 1 a), § 719 BGB Bem. 2b), § 736 BGB Bem. 3 b, bb).

HGB, 705 ff. BGB) <sup>1)</sup>. Für die Zuordnung der Gesellschafterstellung in der neu errichteten Gesellschaft und die Anwendung der Vorerbschaftsregeln kommt es daher darauf an, wie die Umwandlung der Mitgliedschaftsstellung rechtlich zu beurteilen ist.

- cc) Es liegt nahe, bei der Beantwortung dieser Frage an das Verhältnis der umgewandelten GmbH zu der errichteten Personalgesellschaft anzuknüpfen. Rechtliche Identität der beiden Gesellschaften besteht nach dem Gesetz indessen nicht. Anders als bei der echten formwech-

---

1) KG JW 1938, 2415 Nr. 25; Widmann-Mayer, § 17 UmwG RZ 459, 460; Veith-Börnstein, § 17 UmwG RZ 5; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81 GmbHG Anh. III, Anm. 9; Hachenburg, § 9 UmwG 34 RZ 8; abw.: Quassowski, DNotZ 1934, 566; Böttcher-Meilicke, § 16 UmwG RZ 13, 14, die auch die Festsetzung der Kapitalanteile, der Gewinn- und Verlustverteilung, der Geschäftsführung und Vertretungsmacht u. dgl. zu den für die Errichtung der OHG (KG) erforderlichen Maßnahmen des § 17 Abs. 2 UmwG rechnen. - Der Umwandlungsbeschluß braucht jedoch nicht alles das zu enthalten, was sonst Inhalt einer Regelung in Gesellschaftsverträgen ist. Selbstverständlich ist es zweckmäßig einen möglichst vollständigen Gesellschaftsvertrag zum Gegenstand des Umwandlungsbeschlusses zu machen. In Ermangelung dessen finden auf die neu errichtete Gesellschaft jedenfalls nicht mehr die Bestimmungen des GmbHG oder der Satzung der GmbH Anwendung. Böttcher-Meilicke, § 16 UmwG RZ 13. Das gilt namentlich für die Übertragbarkeit der Gesellschafterstellung in der Personalgesellschaft, die sich nicht aus den Bestimmungen des GmbHG herleiten läßt.

selnden Umwandlung ändert sich bei der errichtenden Umwandlung nicht nur die Rechtsform, es wechselt auch der Rechtsträger des Unternehmens. Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses entsteht die Personengesellschaft neu, zugleich wird das Vermögen der umgewandelten Kapitalgesellschaft auf die errichtete Personalgesellschaft kraft Gesetzes im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergeleitet (§§ 18 Abs. 2, 5 Satz 1 UmwG). Die errichtende Umwandlung führt - im Unterschied zu den Tatbeständen der echten formwechselnden Umwandlung - notwendig zur Auflösung der Kapitalgesellschaft (§ 5 Satz 2 UmwG). Das schließt aber die Annahme einer rechtlichen Identität der Gesellschaften untereinander aus <sup>1)</sup>.

---

1) BFH 98, 516 ff. = BStBl. 1970 II, 463; Bergmann DJZ 1934, 1133; Fischer in HGB-RGRK, § 105 Anm. 64 c; Baumbach-Hueck, Anh. § 81 GmbHG Übers. Bem. 3 B; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81 GmbHG Anh. III, Einl. 5, 599; wohl auch Böttcher-Meilicke, Vorbem. §§ 16 ff. UmwG RZ 1. Für eine rechtliche Identität offenbar: BGHZ 24, 106, 111; Murray, 70/1; Hachenburg, § 1 UmwG 34 Anm. 6. Gegen eine Identität der Gesellschaften dürften aber auch die zahlreichen Sonderregelungen sprechen, mit denen der Gesetzgeber die Überleitung nicht übertragbarer Rechte der umgewandelten Kapitalgesellschaft auf die neu errichtete Personalgesellschaft sichergestellt hat: §§ 1059 a) ff., 1092 Abs. 2, 1098 Abs. 3 BGB.

Die Identität der Mitgliedschaftsstellung in der GmbH und der neu errichteten Personalgesellschaft läßt sich daher nicht mit einer Identität der Gesellschaften begründen. So aber: BGH aaO.; Murray, aaO.

Daraus folgt jedoch nicht zwingend, daß auch die Beteiligung an der umgewandelten GmbH und der neu errichteten Personalgesellschaft nicht identisch sein kann.<sup>1)</sup>.

Denn die Überleitung des Gesellschaftsvermögens der umgewandelten GmbH auf die neu errichtete Personalgesellschaft im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unter Auflösung der GmbH hat ihren Grund in der unterschiedlichen Zuordnungssubjektivität der beiden Gesellschaften und der ganz anders gearteten Struktur der körperschaftlich organisierten Kapitalgesellschaften mit eigener Rechtspersönlichkeit einerseits und der Personalgesellschaften andererseits<sup>2)</sup>. Die umgewandelte GmbH besitzt eigene Rechtspersönlichkeit. Das Gesellschaftsvermögen ist Dritten gegenüber allein der GmbH als juristischen Person zugeordnet. Diese ist ausschließlich Trägerin aller Rechte und Pflichten (§ 13 Abs. 1 GmbHG).

Anders liegt es bei der aus der Umwandlung hervorgegangenen Personalgesellschaft. Zwar können die Personalhandelsgesellschaften (OHG,

---

1) A. A. BFH BStBl. 1970 II, 463; offenbar auch: Widmann-Mayer, § 16 UmwG RZ 438, die Surrogationserwerb annehmen.

2) Vgl. amtl. Erläuterung des UmwG 34 in DJ 1934, 883/4; Huber, 14/15.

KG) unter ihrer Firma Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden (§§ 124, 161 Abs. 2 HGB) <sup>1)</sup>.

Zuordnungssubjekte des Gesellschaftsvermögens sind jedoch letztlich die Gesellschafter. Das Gesellschaftsvermögen steht ihnen zur gesamten Hand zu (§§ 161 Abs. 2, 105 Abs. 2 HGB, 718, 719 BGB). Jeder Teilhaber ist Rechtsträger des gesamthänderischen Sondervermögens. Bei der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft tritt eine Personengesamtheit als Zuordnungssubjekt des Gesellschaftsvermögens an die Stelle der juristischen Person. Es wechselt mithin notwendig der Rechtsträger.

dd) Ein solcher Wechsel findet hinsichtlich der Gesellschafterstellung gerade nicht statt. An der Umwandlung der GmbH durch Errichtung der Personengesellschaft können sich nach dem Gesetz nur die (zustimmenden) GmbH-Gesellschaf-

---

1) Insoweit trägt das Gesetz dem Bedürfnis nach einer stärkeren Individualisierung im Rechtsverkehr Rechnung und erleichtert diesen Gesellschaften die Teilnahme am gewerblichen Rechtsverkehr.

ter beteiligen <sup>1)</sup>. Die Gesellschafter stellen ihre Rechtsbeziehungen zueinander mit dem Umwandlungsbeschluß auf eine neue Grundlage. Ihre Zustimmung zur Errichtung enthält den Abschluß eines Gesellschaftsvertrages <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Dritte, Nichtgesellschafter, sind zur Umwandlung nicht zugelassen. KG DR 1941, 1542 (Groschuff); Becker GmbHR 1934, 770, 775; Baumbach-Hueck, Anh. § 81 GmbHG, § 19 UmwG Bem. 1; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 393 AktG, § 19 UmwG RZ 1; Veith-Börnstein, § 16 UmwG RZ 7; Böttcher-Meilicke, Vorbem. zu §§ 16 ff. UmwG RZ 28.

Dritte können selbstverständlich vor der Umwandlung der GmbH noch Geschäftsanteile erwerben und sich an der zu errichtenden Personalgesellschaft beteiligen oder dieser nach Errichtung beitreten oder die Mitgliedschaftsstellung eines Gesellschafters erwerben, falls die Satzung die Übertragung vorsieht oder die Mitgesellschafter ihr zustimmen. - Vgl. zur Rechtslage einer Veräußerung der Aktien oder Geschäftsanteile nach dem Umwandlungsbeschluß vor Eintragung: Widmann-Mayer, § 16 UmwG RZ 426.

- 2) KG JW 1937, 2980; JW 1938, 2415; Fischer in HGB-RGRK, § 105 Anm. 64 c; Baumbach-Hueck, Anh. § 81 GmbHG, § 17 UmwG Bem. 1; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81 UmwG Anh. III Anm. 8, S. 603; Baumbach-Hueck, Anh. nach § 393 AktG, § 17 UmwG RZ 4; Widmann-Mayer, § 17 UmwG RZ 457; Veith-Börnstein, § 16 UmwG RZ 28; Böttcher-Meilicke, Vorbem. §§ 16 ff. UmwG, RZ 23 ff.: "Doppelnatur" des Umwandlungsbeschlusses, nämlich:

- a) Beschlußfassung über die Errichtung der Personengesellschaft (Gesellschaftsvertrag) und
- b) Beschlußfassung über die Auflösung der Kapitalgesellschaft (körperschaftlicher Willensakt) und über die Vermögensübertragung auf die neu errichtete Gesellschaft.

Mit der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses<sup>1)</sup> entsteht die Personengesellschaft nach innen und nach außen (§ 18 Abs. 2 UmwG). Die Beteiligung an der umgewandelten GmbH setzt sich an der errichteten Personengesellschaft fort.

Das Gesetz bestätigt dieses Ergebnis in den §§ 40 ff. UmwG für den umgekehrten Vorgang der übertragenden Umwandlung einer Personenhandels-gesellschaft (OHG, KG) in eine Kapitalgesell-schaft (AG, GmbH). Rechtstechnisch vollzieht sich der Umwandlungsvorgang im wesentlichen analog der errichtenden Umwandlung einer Kapi-talgesellschaft in eine Personengesellschaft. Die Gesellschafter beschließen die Gründung einer Kapitalgesellschaft (AG, GmbH) und die Übertragung des Gesellschaftsvermögens

- 
- 1) Bis zu diesem Zeitpunkt besteht die umgewandelte GmbH also noch; gleiches gilt für die Geschäfts-anteile, auf die die gesetzlichen Bestimmungen des GmbHG und des Gesellschaftsstatuts der GmbH auch noch nach dem Umwandlungsbeschluß bis zu dessen Eintragung Anwendung finden.

Vor der Eintragung des Umwandlungsbeschlusses gelten andererseits im Innenverhältnis der Ge-sellschafter noch nicht die gesetzlichen oder vertraglichen Bestimmungen über die Personalge-sellschaften (Vertretungsbefugnis, Wettbewerbs-verbot u.ä.). Hachenburg, § 11 UmwG 34 Anm. 11 ff. Die Beteiligung an der errichteten Gesellschaft ist noch nicht entstanden (§ 18 Abs. 2 UmwG).

der Personenhandelsgesellschaft auf die errichtete Kapitalgesellschaft (§§ 41 Abs. 1, 47 Abs. 1 UmwG). Die Umwandlung wird mit der Eintragung der Kapitalgesellschaft in das Handelsregister wirksam; zugleich geht das Vermögen der Personenhandelsgesellschaft einschließlich der Verbindlichkeiten im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die Kapitalgesellschaft über, die Personenhandelsgesellschaft ist damit aufgelöst (§§ 44 Abs. 1, 49 Abs. 2 UmwG).

Im Hinblick auf die Gesellschafterstellung liegt dem Gesetz indessen die Vorstellung einer Umwandlung unter Wahrung der Identität zugrunde. In Anknüpfung an entsprechende Regelungen der formwechselnden Umwandlung ist bestimmt, daß die an dem Anteil eines Gesellschafters der Personenhandelsgesellschaft bestehenden Rechte Dritter an der an die Stelle tretenden Aktie bzw. an dem an die Stelle tretenden Geschäftsanteil weiterbestehen (§§ 44 Abs. 2, 49 Abs. 3 UmwG) <sup>1)</sup>.

---

1) Demgegenüber sieht das Gesetz bei den Surrogations-tatbeständen vor, daß der Nießbraucher bzw. Pfandrechtsgläubiger den Nießbrauch bzw. das Pfandrecht an dem geleisteten Gegenstand "erwirbt" (§§ 1075 Abs. 1, 1287 Satz 1 BGB). Widmann-Mayer, §§ 44 UmwG RZ 875, 49 UmwG Bem. III, weisen daher zu Unrecht die Fortsetzung dinglicher Belastungen an dem Anteil eines Gesellschafters der Personenhandelsgesellschaft dem Surrogationserwerb zu. Dagegen spricht der Gesetzeswortlaut.

Das setzt aber voraus, daß die Gesellschaftsterstellung selbst nicht aufgelöst wird und untergeht, sondern sich in der Kapitalgesellschaft fortsetzt.

Festzustellen ist allerdings, daß das Umwandlungsgesetz für den Fall der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft keine Bestimmung enthält, die der formwechselnden Umwandlung entsprechend die rechtliche Identität der Mitgliedschaft zum Ausdruck bringt. Daraus folgt jedoch nicht, daß der Umwandlungsvorgang hier im Sinne eines Wechsels im Rechtsobjekt und damit nach Surrogationsgrundsätzen zu beurteilen ist <sup>1)</sup>. Das Fehlen einer den §§ 44 Abs. 2, 49 Abs. 3 UmwG entsprechenden Bestimmung beruht einmal darauf, daß Aktie und Geschäftsanteil die Gesamtheit der Rechte und Pflichten bezeichnen, die der Gesellschafter durch die Übernahme einer Quote des Grund- oder Stammkapitals erwirbt, also die Mitgliedschaft in der Kapitalgesellschaft. Die gesetzlichen Bestimmungen der Personengesellschaften kennen demgegenüber keinen vergleichbaren Rechtsbegriff, der die Mitgliedschaft in dieser umfassenden Weise bezeichnet. Der Begriff der Mitgliedschaft ist der Geset-

---

1) A. A. Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 99; Widmann-Mayer, § 16 UmwG RZ 438.

zessprache des BGB und des HGB überhaupt unbekannt und dementsprechend wird ihm als der umfassenden Bezeichnung für die Rechtsstellung des Gesellschafters keine selbständige rechtliche Bedeutung zugemessen <sup>1)</sup>. Eine den §§ 44 Abs. 2, 49 Abs. 3 UmwG entsprechende Überleitungsregelung verbot sich zum anderen deswegen, weil die Gesellschafterstellung in der Personengesellschaft nach dem Gesetz als solche nicht übertragbar ist und damit auch nicht belastbar ist (§§ 1069 Abs. 2, 1274 Abs. 2 BGB) <sup>2)</sup>.

---

1) Richardi, 4, 7; Huber, 349.

2) Palandt-Degenhart, § 1068 BGB Bem. 5 mit Nachweisen. Es scheidet deswegen auch eine analoge Anwendung der §§ 44 Abs. 2, 49 Abs. 3 UmwG jedenfalls in dem Sinne aus, daß die dinglichen Belastungen von Aktie und Geschäftsanteil sich an der gesamten Mitgliedschaftsstellung in der Personengesellschaft fortsetzen. A.A. offenbar: Widmann-Mayer, § 16 UmwG RZ 438. Vgl. für den Nießbrauch an einem Geschäftsanteil auch: Murray, 70 ff.

Die Frage einer analogen Anwendung stellt sich allerdings für den Fall, daß der dem Umwandlungsbeschluß zugrundeliegende Gesellschaftsvertrag die Übertragbarkeit und Belastbarkeit der Mitgliedschaft in der Personengesellschaft vorsieht. Da der Anteil eines Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen pfändbar ist (§§ 859 Abs. 1 ZPO, 725 BGB, 135 HGB), fragt es sich ferner, ob sich das vor Wirksamwerden der Umwandlung erworbene Pfändungspfandrecht an einer Aktie oder an einem Geschäftsanteil an dem Anteil des Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen fortsetzt. Dagegen: Hachenburg, § 11 UmwG 34 Anm. 14.

Der Gesetzgeber sah sich mithin außer Stande, die Überleitung bestehender Rechte an Aktien und Geschäftsanteilen sicherzustellen.

Gleichwohl dürfte die den §§ 44 Abs. 2, 49 Abs. 3 UmwG zugrundeliegende Vorstellung von einer Fortsetzung der Gesellschafterstellung einen Hinweis darauf geben, daß auch der umgekehrte Vorgang der Umwandlung einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft im Sinne einer die Identität der Mitgliedschaft wahren Umwandlung zu verstehen ist <sup>1)</sup>.

Die Rechtsstellung des Gesellschafter-Vorerben in der Personengesellschaft gehört danach zur Vorerbschaft und unterliegt in vollem Umfang den Bindungen, die das Gesetz dem Vorerben im Interesse des Nacherben auferlegt <sup>2)</sup>.

- 
- 1) So im Ergebnis auch: BGHZ 24, 106, 111; Murray, 70/1; Hachenburg-Schilling, §§ 80, 81 GmbHG Anh. III, Anm. 4, S. 601; a.A. Becker GmbHR 1934, 775, 778; Hachenburg, §§ 11 UmwG Anm. 14, 12 UmwG Anm. 34; Böttcher-Meilicke, § 24 UmwG RZ 20 im Zusammenhang mit der Frage, ob nach der Umwandlung noch ein Rückgriff der Gesellschaft auf den Rechtsvorgänger gemäß § 22 Abs. 2 GmbHG möglich ist, wenn der Geschäftsanteil nicht voll eingezahlt war.
- 2) Ebenso Hadding, Festschr. f. Bartholomeyczik, 75, 99/100, allerdings unter Zugrundelegung der sog. Mittelsurrogation.

ee) Es ist denkbar, daß der Gesellschafter-Vorerbe mehrere Geschäftsanteile besitzt, die teilweise zu seinem Eigenvermögen und teilweise zur Vorerbschaft gehören. Die Anwendung und Durchführung der Bestimmungen über die Vorerbschaft bereitet keine Schwierigkeiten, solange die GmbH besteht; denn mehrere Geschäftsanteile in der Hand eines Gesellschafters behalten ihre Selbständigkeit (§ 15 Abs. 2 GmbHG).

Die Innehabung mehrerer Mitgliedschaften in Personengesellschaften wird dagegen für unmöglich gehalten. Auch als Kommanditist kann sich der Gesellschaftervorerbe nicht mit mehreren Einlagen an der Gesellschaft beteiligen. Seine Beteiligung ist notwendig nur eine einheitliche <sup>1)</sup>. Mit der Umwandlung der GmbH in eine Personengesellschaft werden die Geschäftsanteile des Gesellschaftervorerben daher zu einem einheitlichen Gesellschaftsanteil in der Personengesellschaft verschmolzen, bei dem eine Aufspaltung in einen der Vorerbschaft unterliegenden Teil und einen dem Eigenvermögen des Vorerben zuzuordnenden Teil nicht durchführbar ist <sup>2)</sup>. Das gilt jedenfalls uneingeschränkt im Außenverhältnis.

---

1) Fischer in HGB-RGRK, § 105 Anm. 30; Schlegelberger-Geßler, § 161 HGB RZ 24.

2) BGHZ 24, 106, 113.

Im Innenverhältnis der Gesellschafter zueinander läßt sich demgegenüber eine Trennung durchführen <sup>1)</sup>. Insofern ist es möglich, die Gesellschafterstellung, soweit sie auf den zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteilen beruht, als der Vorerbschaft unterliegend fortzusetzen. Der Gesellschaftervorerbe erhält zwei Kapitalanteile und zwei Anteile am Gewinn und Verlust, die der quotalen Beteiligung entsprechen, mit denen der Vorerbe bisher aufgrund seiner zum Eigenvermögen und aufgrund der zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteile an der umgewandelten GmbH beteiligt war <sup>2)</sup>.

---

1) Vgl. zur Rechtslage der Beerbung eines Gesellschafters durch einen Mitgesellschafter: Schlegelberger-Geßler, § 177 HGB RZ 7; Schilling in HGB-RGRK, § 177 HGB Anm. 19.

2) Mit dem Eintritt des Nacherbfalles dürfte sich die Mitgliedschaft analog § 2143 BGB wieder aufspalten und auf den Nacherben mit dem zur Vorerbschaft gehörenden Teil übergehen. - Gegen eine Analogie des § 2143 BGB allerdings: F. Baur-Grunsky ZHR 1970, 208, 220 ff. für die sog. "Einmann-OHG".

Während der Dauer der Vorerbschaft unterliegen Verfügungen des Vorerben über die Mitgliedschaft als ganze jedenfalls insoweit den gesetzlichen Beschränkungen, als sie auch den Teil der Gesellschafterstellung in der Personalgesellschaft betreffen, der auf der Umwandlung von Vorerbschaftsgeschäftsanteilen beruht. - Die Entziehung der Verwaltung und Übertragung auf einen gerichtlich zu bestellenden Verwalter dürfte demgegenüber daran scheitern, daß

- a) eine Aufspaltung des einheitlichen Geschäftsanteils in einen freien und einen der Zwangsverwaltung unterliegenden Teil aus Rechtsgründen nicht möglich ist (BGHZ 24, 106, 113) und davon abgesehen
- b) die Einsetzung eines Zwangsverwalters ohnehin mit der Rechtsstellung eines Personenhandelsgesellschafters (Komplementärs wie Kommanditisten) für unvereinbar gehalten wird (Picot, 60 ff., 66, 146 ff.).

## E Verwaltungs- und Verfügungsmacht des Gesellschafter- vorerben

### I. Grundsatz der freien Verfügungsbefugnis

Die Rechtsstellung des Vorerben gegenüber der Gesellschaft und gegenüber Dritten birgt auf den ersten Blick keine Probleme - jedenfalls, was die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Vorerben als Gesellschafter über den Geschäftsanteil angeht. § 2112 BGB bestimmt, daß der Vorerbe über die zur Erbschaft gehörenden Gegenstände verfügen kann, soweit sich nicht aus den Vorschriften der §§ 2113 bis 2115 BGB ein anderes ergibt. Das Gesetz beschränkt aber in diesen Vorschriften die Verfügungsmacht des Vorerben weder hinsichtlich des Geschäftsanteils als "Gegenstand", noch kann der Nacherbe eine solche Verfügungsbeschränkung hinsichtlich des Geschäftsanteils herbeiführen <sup>1)</sup>. Daraus folgt, daß der Vorerbe als wahrer Erbe und Inhaber der Erbschaft über den Geschäftsanteil gemäß § 2112 BGB auch mit Wirkung gegenüber dem Nacherben frei verfügen kann. Die Verfügungsbefugnis des

---

1) Hachenburg-Schilling, Anhang III zu § 15 GmbHG Anm. 2. - Das ist anders bei der AG. Inhaber- und blankoindosiierte Aktien (§§ 10, 68 AktG) hat der Vorerbe auf Verlangen des Nacherben zu hinterlegen oder mit der Bestimmung auf seinen Namen umschreiben zu lassen, daß er über sie nur mit Zustimmung des Nacherben verfügen kann (§§ 2116, 2117 BGB). Eine Verfügung des Vorerben ohne Zustimmung des Nacherben ist in diesem Falle bereits während der Dauer der Vorerbschaft ohne jede Rechtswirkung, da der Vorerbe nicht mehr allein Verfügungsbefugt ist. Vgl. Staudinger-Seybold, §§ 2116 bis 2118 BGB RZ 8.

Vorerben deckt dabei nicht nur die Veräußerung des Geschäftsanteils (§ 15 GmbHG), sondern auch die Ausübung aller aus dem Geschäftsanteil hervorgehenden Mitverwaltungsrechte, also insbesondere Rechtshandlungen wie die Erhebung der Auflösungsklage (§ 61 GmbHG), Kündigung der Gesellschaft <sup>1)</sup>, Austritt aus der Gesellschaft <sup>2)</sup>, Preisgabe des Geschäftsanteils (§ 27 GmbHG) <sup>3)</sup>, Zustimmung zur Amortisation des Geschäftsanteils (§ 34 Abs. 2 GmbHG) sowie die freie Ausübung des Stimmrechts (§ 47 GmbHG). Aufgrund seiner Verfügungsbefugnis kann der Vorerbe grundsätzlich auch die ihm angefallene Mitgliedschaft nach Inhalt und Bestand ändern, also mit Wirkung gegenüber dem Nacherben Satzungsänderungen (§ 53 GmbHG) sowie die Verschmelzung (§§ 355, 356 AktG) oder Umwandlung der GmbH <sup>4)</sup> (§§ 376, 389 AktG, 24 UmwG) beschließen.

## II. Unentgeltliche Verfügungen

Eine (auch nur teilweise) <sup>5)</sup> unentgeltliche Verfügung des Vorerben über den Geschäftsanteil ist allerdings mit

- 
- 1) Die Satzung kann diese vorsehen (§ 60 Abs. 2 GmbHG).
  - 2) Vgl. Baumbach-Hueck, Einf. zu § 34 GmbHG Bem. 3.
  - 3) Ist der Geschäftsanteil nicht verwertbar, so fällt er der Gesellschaft kraft Gesetzes entschädigungslos zu (§ 27 Abs. 3 GmbHG). Eine unentgeltliche Verfügung (§ 2113 Abs. 2 BGB) enthält die Ausübung des Preisgaberechts deswegen nicht, weil die Gesellschaft den Geschäftsanteil an Erfüllung Statt auf die den Nachlaß belastende Nachschußpflicht erhält.
  - 4) Bei der AG ist es demgegenüber fraglich, ob die Umwandlung gemäß §§ 2116, 2117 BGB der Zustimmung des Nacherben bedarf. Vgl. dazu: Veith-Börnstein, § 16 UmwG RZ 31.
  - 5) Verfügt der Vorerbe nur teilweise unentgeltlich, so ist gleichwohl die ganze Verfügung unwirksam. BGH IM Nr. 1 zu § 2113 BGB; Palandt-Keidel, § 2113 BGB, Bem. 2 a, bb).

dem Eintritt des Nacherbfalles insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113 Abs. 2 BGB) <sup>1)</sup>. Daß die Verfügungsbe-  
fugnis des Vorerben über den Geschäftsanteil als ganzen  
in dieser Hinsicht begrenzt ist, ist allgemein anerkannt <sup>2)</sup>.  
Eine schenkweise Veräußerung des Geschäftsanteils wäre  
daher i. d. R. dem Nacherben gegenüber unwirksam.

- 1) Sehr viel zweifelhafter ist demgegenüber die Frage, ob und inwieweit das Verbot unentgeltlicher Verfügungen dem Vorerben auch bei der Ausübung einzelner aus dem Ge-  
schäftsanteil hervorgehender Mitverwaltungsrechte Gren-  
zen setzt. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an  
folgende Sachverhalte: Die Gesellschafterversammlung be-  
schließt mit den Stimmen des Vorerben eine Herabsetzung  
seines Anteils am Reingewinn (§ 29 GmbHG) oder an der Li-  
quidationsquote (§ 72 GmbHG), eine Entziehung des Stimm-

- 
- 1) Letzteres ist dann nicht der Fall, wenn die Verfügung  
des Vorerben von vornherein auf die Dauer der Vorerb-  
schaft beschränkt ist oder der Nacherbe seine Zustim-  
mung erteilt hat oder der Nacherbe dem Vorerben den  
Geschäftsanteil zur freien Verfügung überlassen hat.  
Vgl. Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 8, 9.

Ein gutgläubiger unentgeltlicher Erwerb des Geschäfts-  
anteils gemäß § 2113 Abs. 3 BGB scheidet aus, da an  
Forderungen und anderen Rechten (§ 413 BGB) ein Erwerb  
kraft guten Glaubens nicht möglich ist. Palandt-Hein-  
richs, § 161 BGB Bem. 2; a.A. offenbar: Töteberg, 123.  
Denkbar ist allenfalls ein gutgläubiger Erwerb gemäß  
§§ 2366, 2363 BGB, falls die Nacherbfolge in dem Erb-  
schein nicht angegeben ist. Vgl. Johannsen in BGB-RGRK,  
§ 2113 Anm. 38.

- 2) Töteberg, 123; Däubler, 39; Hachenburg-Schilling, An-  
hang III zu § 15 GmbHG Anm. 2.

rechts (§ 47 GmbHG) <sup>1)</sup> oder gar eine Einziehung seines Geschäftsanteils (§ 34 GmbHG) ohne oder gegen ein unzureichendes Entgelt. Der Vorerbe gibt mit dem Geschäftsanteil verbundene Sonderrechte (ein erhöhtes Gewinnbezugs- oder Stimmrecht, das Recht auf Bestellung eines Geschäftsführers) auf <sup>2)</sup>.

Zu denken ist ferner an die Erhöhung des Stammkapitals, in deren Ausführung mit den Stimmen des Gesellschaftervorerben Dritte zur Übernahme von Stammeinlagen zugelassen werden (§ 55 Abs. 2 GmbHG). Der Geschäftsanteil des Gesellschaftervorerben erfährt in diesem Falle praktisch immer eine Vermögenseinbuße, da die Übernahme der neuen Stammeinlagen, auch bei der Überpariemission, kaum je zum wahren inneren Wert der alten Geschäftsanteile erfolgt.

---

1) Zur Zulässigkeit: vgl. § 139 AktG; BGHZ 14, 264; Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Bem. 1 A; Scholz, § 47 GmbHG RZ 11; Hachenburg-Schmidt, § 47 GmbHG Anm. 7 a.

2) Den Beispielen kommt im Hinblick darauf, daß das Recht des Vorerben gerade in der Nutzung des Geschäftsanteiles besteht, keineswegs nur theoretische Bedeutung zu. Besitzt der Vorerbe nämlich eigene, der Nacherbschaft nicht unterliegende Geschäftsanteile, so erhöht sich zwangsläufig der Vermögenswert und der Einfluß aus diesen Anteilen. - Zu denken ist ferner an die Umwandlung der GmbH in eine AG. Sonderrechte und Nebenleistungsverpflichtungen, deren Begründung bei der GmbH ohne weiteres für zulässig gehalten wird, lassen sich in diesem Falle nicht aufrechterhalten. Vgl. §§ 376, 55 AktG.

Die Kapitalerhöhung bietet dem Gesellschaftervorerben, der eine beherrschende Stellung in der Gesellschaft innehat oder gar alleiniger Gesellschafter der GmbH ist, zudem die Möglichkeit, Nachlaßsubstanzen Personen zuzuwenden, die der Erblasser durch die Anordnung der Vorerbschaft gerade nicht bedenken wollte: Der zum Vorerben eingesetzte Ehegatte, der mit dem Erblasser in zweiter Ehe zusammengelebt hatte, beteiligt über eine Kapitalerhöhung seine Kinder aus erster Ehe an der Gesellschaft.

Es fragt sich daher, ob die Ausübung der Mitverwaltungsrechte aus dem Geschäftsanteil im Einzelfall eine unentgeltliche Verfügung sein oder eine solche enthalten kann.

- 2) Es besteht kein Zweifel, daß das Gesetz den Begriff der Verfügung in § 2113 BGB im technischen Sinne gebraucht <sup>1)</sup>. Bei der Beantwortung der aufgeworfenen Fragen ist daher von dem Begriff der Verfügung auszugehen und zu untersuchen, ob und in welchen Fällen die Ausübung der Mitverwaltungsrechte, namentlich des Stimmrechts, eine Verfügung enthält <sup>2)</sup>. Schließlich wird zu prüfen sein, ob die Ausübung der Mitverwaltungsrechte im Einzelfall eine unentgeltliche Verfügung darstellen kann und welche Rechtsfolgen sich daraus ergeben.

---

1) Bruneß, 37

2) Eine eingehende Untersuchung dieser Frage findet sich nur für die AG zum früheren gesetzlichen Güterstand der Verwaltung und Nutznießung (§§ 1374, 1375 BGB a.F.) bei: Peters, 34 ff.

- a) Der Begriff der Verfügung, an den das Gesetz in § 2113 BGB wie in anderen Bestimmungen anknüpft, ist im BGB nicht bestimmt, auch finden sich in den Materialien keine Ausführungen. Nach allgemeiner Meinung werden darunter diejenigen Rechtsgeschäfte verstanden, die die Rechtslage eines Rechtsgegenstandes unmittelbar ändern, also ein Recht aufheben, inhaltlich umgestalten, belasten oder übertragen <sup>1)</sup>.

Als Verfügung gilt dabei nur die Änderung der Rechtsstellung des bisherigen Rechtsinhabers, welche durch die Übertragung, Belastung, Umgestaltung oder Aufhebung des Rechts eintritt, weil das Resultat des Rechtsgeschäfts nur für den bisherigen Rechtsinhaber in der Änderung des ihm zustehenden Rechts besteht <sup>2)</sup>. Keine Verfügung ist nach alledem der Erwerb oder die Erweiterung eines Rechts, die Eingehung einer Verpflichtung oder die Befreiung von einer Verpflichtung <sup>3)</sup>. Wird allerdings ein bestehendes Schuldverhältnis verändert, so enthält der Vertrag i. S. des § 305 BGB, soweit er ein Recht des Gläubigers ändert, für den Gläubiger eine Verfügung <sup>4)</sup>.

Besteht das kennzeichnende Merkmal der Verfügung danach in der unmittelbaren Änderung der Rechtslage eines Rechtsgegenstandes, so kann der Ausübung von Mit-

---

1) BGHZ 1, 294, 304; Flume, 140; Enneccerus-Nipperdey, 882 ff.; Palandt-Heinrichs, Überbl. vor § 104 BGB Bem. 3 d; Staudinger-Coing, Einl. vor §§ 104 ff. BGB RZ 63.

2) Bartholomeyczik, 8/9; Enneccerus-Nipperdey, 883.

3) v. Tuhr, II, 1., 238.

4) Flume, 141.

verwaltungsrechten aus dem Geschäftsanteil jedenfalls bei einer Vielzahl von Beschlußgegenständen der Gesellschafterversammlung kein Verfügungscharakter beigelegt werden, weil mit der Beschlußfassung keine unmittelbaren Wirkungen für die rechtliche Zuordnungslage von Rechtsgegenständen verbunden sind. Das trifft namentlich für die Beschlußfassung über die Bestellung oder Abberufung der Geschäftsführer (§ 46 Ziff. 5 GmbHG) oder der Mitglieder des Aufsichtsrates (§ 52 GmbHG) zu, ihre Entlastung oder die Geltendmachung von Ersatzansprüchen (§ 46 Ziff. 8 GmbHG), die Feststellung des Jahresabschlusses und die Verteilung des ausgewiesenen Reingewinns (§ 46 Ziff. 1 GmbHG). Derartige Beschlüsse haben jedenfalls für die Rechte der Gesellschafter keinen unmittelbaren rechtsändernden Inhalt und enthalten deswegen keine Verfügungen <sup>1)</sup>. Das Gleiche gilt für die Begründung oder Befreiung von mitgliedschaftlichen Verpflichtungen. Stimmt der Gesellschaftervorerbe einer Vermehrung der ihm obliegenden Leistungen zu (§ 53 Abs. 3 GmbHG), etwa der Einführung oder Erhöhung von Nachschußpflichten (§§ 27, 28 GmbHG), so liegt darin ebensowenig eine Verfügung über den Geschäftsanteil <sup>2)</sup> wie in der Aufhebung von

---

1) Däubler GmbHR 1963, 181, 182; Peters, 35.

2) Die Begründung von Nachschußpflichten kann zwar bei verzögerter Einzahlung zu einem entschädigungslosen Verlust des Geschäftsanteils führen - im Falle der beschränkten Nachschußpflicht durch die Kaduzierung des Geschäftsanteils (§§ 28, 21 GmbHG), im Falle der unbeschränkten Nachschußpflicht durch den Anfall an die Gesellschaft, wenn sie eine Befriedigung nicht durch den Verkauf des preisgegebenen Geschäftsanteils erreichen kann (§ 27 Abs. 3 GmbHG). Die Einführung der Nachschußpflicht mag deswegen für den unzulänglichen Nachlaß u.U. unzweckmäßig sein; unwirksam ist sie indessen nicht, insbesondere nicht gemäß § 2113 Abs. 2 BGB. Durch das Verbot unentgeltlicher Verfügungen werden

Nebenpflichten (§ 3 Abs. 2 GmbHG), die sich etwa bei der Umwandlung der GmbH in eine AG nicht aufrechterhalten lassen (§§ 376, 55 AktG).

Fraglich ist dies hingegen bei den Beschlüssen der Gesellschafterversammlung, durch die einzelne Rechte des Gesellschafter-Vorerben aus dem Geschäftsanteil geschmälert werden.

Bei der Beantwortung der Frage, ob die Ausübung von Mitverwaltungsrechten durch den Vorerben bei diesen Beschlußgegenständen eine Verfügung enthält, ist zwischen Stimmrechtsausübung und Zustimmung zu unterscheiden <sup>1)</sup>.

Soweit das Gesetz eine "Zustimmung" erfordert - z.B. bei Beschlüssen, die bestimmte Sonderrechte einzelner Mitglieder beeinträchtigen (§ 35 BGB) -, ist für die Wirksamkeit des Beschlusses neben der Stimmenmehrheit in der Gesellschafterversammlung außerdem die Zustimmung des betroffenen Gesellschafters erforderlich, und zwar auch des nicht stimmberechtigten Gesellschafters, sofern er von dem Gesellschafterbeschuß betroffen wird <sup>2)</sup>. Stimmrecht und Zustimmung lassen sich daher nicht ohne weiteres gleichsetzen.

---

dem Vorerben nicht schlechthin alle nachteiligen Verwaltungshandlungen untersagt. Vgl. dazu auch nachfolgend S. 219 FN 1.

1) Vgl. dazu Zöllner, 109 ff.; Wiedemann, 33 ff.; Thiele, 50 ff., 178 ff.

2) BGHZ 20, 363, 368/9; Murray, 98; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 13.

Verschiedenheiten bestehen vor allem auch im Hinblick auf die Form und die Rechtsfolgen ihres Fehlens oder Ausfalls: Das Stimmrecht ist - abgesehen von den Fällen schriftlicher Abstimmung (§ 48 Abs. 2 GmbHG) - grundsätzlich in der Gesellschafterversammlung auszuüben; der Beschluß bedarf im Falle der Satzungsänderung der Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG). Die Zustimmung kann, soweit sie nicht in der positiven Stimmabgabe enthalten ist <sup>1)</sup>, auch außerhalb der Gesellschafterversammlung erklärt werden, und zwar, von den Umwandlungstatbeständen (§§ 16 ff. UmwG) abgesehen, grundsätzlich formlos <sup>2)</sup>. Die Zustimmung als solche ist mithin nicht notwendiger Bestandteil des Beschlusses der Gesellschafterversammlung <sup>3)</sup>; fehlt sie allerdings, so ist der Beschluß bis zu ihrer Erteilung schwebend unwirksam <sup>4)</sup>. Der Ausfall notwendiger Stimmen begründet demgegenüber grundsätzlich nur die Anfechtbarkeit des Beschlusses. Da wegen dieser Unterschiede die Frage nach der Verfügungsqualität von Stimmrechtsausübung und Zustimmung teilweise differenzierend zu beurteilen ist, soll zunächst untersucht werden, ob der Stimmabgabe durch den Gesellschaftervorerben Verfügungswirkung beigelegt werden kann.

- 
- 1) Das ist ohne weiteres möglich. Vgl. Wiedemann, 34; Thiele, 180; Baumbach-Hueck, § 53 GmbHG Bem. 3 D; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 14.
  - 2) Baumbach-Hueck, § 53 GmbHG Bem. 3 D; Scholz, § 53 GmbHG RZ 31; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 14.
  - 3) Wiedemann, 34; Thiele, 179; Murray, 98.
  - 4) Hueck, Anfechtbarkeit, 73; Zöllner, 116; Wiedemann, 34; Baumbach-Hueck, § 53 GmbHG Bem. 3 G; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 15.

aa) Stimmrechtsausübung

Beurteilt man die Stimmrechtsausübung, d.h. die Stimmabgabe bei der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung anhand des dargelegten Begriffs der Verfügung, so ergibt sich folgendes:

Die Stimmabgabe ist eine Willenserklärung im technischen Sinne <sup>1)</sup>, jedenfalls soweit die Gesellschafter ihr Rechtsverhältnis zur Gesellschaft regeln. Eine Willenserklärung ist insbesondere die Abgabe der Stimme für einen satzungsändernden Beschluß <sup>2)</sup>; denn der Geschäftswille des Gesellschafters hat die Veränderung der körperschaftlichen Grundlagen zum Inhalt. Da der Beschluß regelmäßig auf der Stimmabgabe mehrerer Gesellschafter beruht und der mit ihr erstrebte Rechtserfolg nicht allein durch sie selbst, sondern erst im

- 
- 1) Auf eine Behandlung der hiermit verbundenen Problematik kann unter Hinweis auf die umfangreiche Literatur verzichtet werden. Vgl. BGHZ 14, 264, 267; Winkler, ZGR 1973, 177, 213; Bartholomeyczik, 2 ff., AcP 144, 287, 289, ZHR 105, 293, 294; Baltzer, 142 ff.; Enneccerus-Nipperdey, 912; Palandt-Danckelmann, § 32 BGB Bem. 1 b; Palandt-Thomas, § 709 BGB Vorbem. 5 c; Staudinger-Coing, § 32 BGB RZ 22 b; Staudinger-Keßler, § 709 BGB RZ 18; Würdinger, 66; Hueck, 179 ff.; Hueck, Anfechtbarkeit, 120; Baumbach-Hueck, § 134 AktG RZ 7; Zöllner im Kölner Komm. zum AktG, § 133 RZ 24; Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Bem. 3 F; Scholz, § 45 GmbHG RZ 9; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 9.
- 2) Bartholomeyczik, 12, 24; Himmelsbach, 27/8. Ob auch die ablehnende Stimmabgabe eine Willenserklärung enthält, bedarf hier keiner Erörterung. Vgl. dazu einerseits Bartholomeyczik, 23; ZHR 105, 293, 307; Baltzer, 143 ff.; andererseits Winnefeld DB 1972, 1053, 1054; Schmidt-Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG 37, § 103 Anm. 8.

Zusammenwirken mit den anderen Stimmen und dem Zustandekommen eines positiven Beschlusses eintritt, ist die einzelne Stimmabgabe nicht zugleich auch Rechtsgeschäft <sup>1)</sup>.

---

- 1) Bartholomeyczik, 35 ff.; Baltzer, 147; a.A. Wiedemann JZ 1970, 291, 292, der die Stimme selbst als Rechtsgeschäft bezeichnet. Danach wäre der auf mehreren Stimmen beruhende Beschluß als Summe von Rechtsgeschäften aufzufassen. Vgl. Bartholomeyczik ZHR 105, 295, 302. - Denkbar ist allerdings, daß der Beschluß nur auf einer einzigen Stimmabgabe beruht, sei es, daß nur ein Gesellschafter zu der ordnungsgemäß berufenen Gesellschafterversammlung erschienen ist, sei es, daß von einer Mehrzahl erschienenen Gesellschafter nur einer an der Abstimmung teilnimmt. Vgl. Baumbach-Hueck, § 53 GmbHG Bem. 2 A; Scholz, § 47 GmbHG RZ 2, § 53 GmbHG RZ 17; Hachenburg-Schmidt, § 47 GmbHG Anm. 1. Der Stimmabgabe wird auch in diesem Falle rechtlich die gleiche Wirkung und Bedeutung wie einem Beschluß mit den Stimmen mehrerer Gesellschafter beigelegt. Baltzer, 133/4. Die Einzelstimme teilt daher in diesem Falle die rechtliche Qualifikation des Beschlusses.

Rechtsgeschäftsqualität kommt allerdings dem Beschluß <sup>1)</sup> zu.

a.1 Die Satzung kann vorsehen, daß mit einem Geschäftsanteil verbundene Vorrechte durch Beschluß der Gesellschafterversammlung - auch ohne Zustimmung des betroffenen Gesellschafters - abänderlich

- 
- 1) Darüber besteht in den hier interessierenden Fällen der Regelung körperschaftlicher Grundlagen heute wohl weithin Einigkeit.  
RGZ 140, 174, 177; BGH LM Nr. 8 zu § 138 HGB ("Änderung" des Gesellschaftsvertrages einer Personalgesellschaft); dem BGH folgend: BFH BStBl. 1973 II, 312; AG Hamburg, DB 1973, 1391.  
Winkler, ZGR 1973, 177, 213; Winnefeld, DB 1972, 1053, 1055; Wiedemann JZ 1970, 291, 292; Bartholomeyczik, 37, ZHR 105, 293, 300; Baltzer, 177; v. Tuhr II, 1., 232, 234; Larenz, 260; Palandt-Danckelmann, § 32 BGB Bem. 1 b; Staudinger-Coing, § 32 BGB RZ 28; Staudinger-Keßler, § 709 BGB RZ 19; Soergel-Schultze = v. Lasaulx, § 32 BGB RZ 29, § 709 BGB RZ 28. Würdinger, 131; Feine, 516; Zöllner in Kölner Komm. z. AktG, § 133 RZ 13.  
A. A. RGZ 122, 367, 369; BGH JZ 1970, 290, 291. - Unklar und ohne Differenzierung nach Stimmabgabe (Willenserklärung) und Beschluß (Rechtsgeschäft): Barz in Großkomm. zum AktG, § 119 Anm. 13 ff.  
Streitig ist, ob der auf mehreren Stimmen beruhende Beschluß ein einseitiges oder mehrseitiges Rechtsgeschäft ist. Vgl. dazu einerseits Bartholomeyczik ZHR 105, 293, 330/1; andererseits Baltzer 177/8, v. Tuhr II, 1., 232. - Das kann hier dahinstehen, denn es ist allgemein anerkannt, daß sowohl einseitige als auch mehrseitige Rechtsgeschäfte Verfügungen sein können. v. Tuhr II, 1., 242.

oder aufhebbar sind <sup>1)</sup>. Stimmt der Vorerbe in der Gesellschafterversammlung für eine Beeinträchtigung von Vorrechten, die mit dem Vorerbschaftsge-  
schäftsanteil verbunden sind, so enthält seine  
Stimmabgabe nach den allgemein anerkannten Be-  
griffsmerkmalen eine Verfügung, da sich das Ergeb-  
nis der Beschlußfassung als eine Schmälerung sei-  
ner Rechtsstellung auswirkt <sup>2)</sup>.

Aber auch den Stimmabgaben der Mitgesellschafter  
wird Verfügungswirkung beizulegen sein <sup>3)</sup>, weil  
sie durch die Beschlußfassung in der Gesellschaft

- 
- 1) Baumbach-Hueck, Überbl. 3 B vor § 13 GmbHG. Diese Vor-  
rechte werden allerdings nicht in die Gruppe der Son-  
derrechte (§ 35 BGB) eingereiht. Hachenburg-Schilling,  
§ 14 GmbHG Anm. 18 mit Nachweisen.
  - 2) Das tritt besonders deutlich zu Tage, wenn der Be-  
schluß allein auf der Stimme des Gesellschaftervorer-  
ben beruht. Unerheblich ist, daß die Rechtswirkung bei  
satzungsändernden Beschlüssen erst mit der Eintragung  
in das Handelsregister eintritt (§ 54 Abs. 3 GmbHG).  
Derartige Wirksamkeitsvoraussetzungen stehen der Annah-  
me einer Verfügung nicht entgegen. Das ist bei Rechts-  
geschäften, die im Grundbuch eingetragene Rechte be-  
treffen, allgemein anerkannt.
  - 3) Die Verfügungsmacht über ein Recht hat zwar grundsätz-  
lich der Inhaber des Rechts; sie kann aber auch einer  
Person zustehen, die nicht Subjekt des der Verfügung  
unterworfenen Rechts ist. Die Möglichkeit über fremde  
Rechte zu verfügen, beruht entweder auf einer aus der  
Rechtsmacht des Rechtssubjekts abgezweigten Vertre-  
tungs- oder Verfügungsmacht oder auf einem dem Rechts-  
subjekt entgegenstehenden Gestaltungsrecht. v. Tuhr,  
II, 1., 243. Letzteres trifft auf die Stimmrechtsaus-  
übung durch die Mitgesellschafter zu, denn das Stimm-  
recht ist "ein Gestaltungsrecht oder ein dem Gestal-  
tungsrecht nah verwandtes, aber besonders zu gruppie-  
rendes Herrschaftsrecht". Bartholomeyczik, S. 14;  
Winnefeld, DB 1972, 1053.

terversammlung die Anteilsrechte inhaltlich verändern können, und zwar auch gegen den Willen des betroffenen Gesellschafters, wenn nur die erforderliche Mehrheit der Stimmen erreicht wird <sup>1)</sup>.

Der Beschluß als Rechtsgeschäft enthält danach eine Mehrzahl von Verfügungen der ihn bejahenden Gesellschafter <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Selbstverständlich unterliegen die Mitgesellschafter bei der Ausübung ihres Stimmrechts nicht den Beschränkungen, die das Gesetz für den Vorerben aufstellt. Zweifelhaft könnte dies allenfalls sein, wenn der Vorerbe zugleich eigene, erbrechtlich nicht gebundene Geschäftsanteile besitzt und daraus das Stimmrecht ausübt. Eine Bindung an die erbrechtlichen Verfügungsvorschriften und Beschränkungen dürfte indessen bei der Ausübung des Stimmrechts aus den vorerbschaftsfreien Geschäftsanteilen wegen der rechtlichen Selbstverständlichkeit dieser Anteile (§ 15 Abs. 2 GmbHG) zu verneinen sein.
  - 2) Im Ergebnis haben sich für den Verfügungscharakter der einzelnen Stimmabgabe ausgesprochen: KG JFG 8, 169; Becker GmbHR 1928, 467, 469/70; Siebert, JW 1934, 1116/7 (Anm. zu RG JW 1934, 976); K. Lehmann ZHR 51, 373, 406; Horowitz, 131/2; Feine, 411; Scholz, 2. Aufl. 1950, § 15 GmbHG RZ 93; Hachenburg, 5. Aufl. 1926, Exkurs I zu § 15 GmbHG Anm. 24; Ritter, § 12 AktG 37 Anm. 2 d; Staub-Pinner, § 252 HGB Anm. 7, jeweils zu § 1375 BGB a.F.; Däubler GmbHR 1963, 181, 182 (zu §§ 2366, 2367 BGB).

A. A. Bartholomeyczik, 8 FN 15; Peters, 34 ff. mit Nachweisen des älteren aktienrechtlichen Schrifttums, im Anschluß an Ritter allerdings differenzierend für die Einmanngesellschaft. Rechtsändernde Beschlußfassungen durch den "Einmann" setzt auch Peters, 45/6, Verfügungen gleich. Ob dieses Ergebnis auch für Beschlußfassungen des beherrschenden Hauptgesellschafters einer "Mehrmann"-Gesellschaft gelten soll, wird

a.2 Allerdings hat der Ausfall von Willenserklärungen bei Rechtsgeschäften des BGB, die auf der Willensübereinstimmung beruhen, die Unwirksamkeit des ganzen Rechtsgeschäfts zur Folge. Das gilt grundsätzlich auch für Verfügungen. Bei der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung ist seine Unwirksamkeit, falls der Beschluß auf einer Mehrzahl <sup>1)</sup> von Stimmen beruht, aber nicht die zwangsläufige Folge. Der Wegfall einzelner Stimmen ist denkbar, ohne daß die Wirksamkeit der durch den Beschluß getroffenen Verfügung dadurch in Frage gestellt wird, wenn die übrigen Stimmen zur Bildung der erforderlichen Mehrheit ausreichen.

Gegen die Verfügungswirkung der Stimmabgabe ist deswegen angeführt worden: Da jede positive Stimme als überzählig betrachtet werden könne, sei auch jede für sich nach den Gesetzen der Logik als

---

nicht erörtert. Folgerichtig müßte Peters die Verfügungswirkung verneinen, weil der Beschluß auch auf den Stimmen der Mitgesellschafter beruht. Das erscheint jedoch bedenklich, da sich die Stimmkraft des mit einer qualifizierten Mehrheit ausgestatteten Hauptgesellschafters nur graduell von derjenigen des "Einmanns" unterscheidet und seine Stimmabgabe zugleich diejenige der Mitgesellschafter beeinflusst.

- 1) Hat nur ein einziger Gesellschafter seine Stimme abgegeben, so führt ihr Ausfall selbstverständlich zur Unwirksamkeit des Beschlusses.

verzichtbar anzusehen und trage keine das Merkmal einer Verfügung<sup>1)</sup>. Diese Begründung ist indessen nicht durchweg zutreffend.

Bei der Beschlußfassung in der Gesellschafterversammlung wird erst durch die Stimmabgabe der notwendigen Mehrheit die gewollte Rechtsfolge herbeigeführt. Insoweit sind die Einzelstimmen für die mit dem Beschluß herbeigeführte Rechtswirkung ebenso tatbestandsmäßig erforderlich, wie die notwendigen Willenserklärungen für das Zustandekommen eines Vertrages. Reichen die positiven Stimmen zahlenmäßig für die Mehrheitsbildung gerade aus, so verkehrt der Ausfall einer einzigen Stimme das Ergebnis des Beschlusses in sein Gegenteil<sup>2)</sup> und nimmt auch den übrigen positiven Stimmen ihre Verfügungswirkung. Aber

---

1) Peters, 38. Der Zustimmung zur Beseitigung von Gattungsvorrechten will Peters, 48/9, demgegenüber Verfügungswirkung beilegen. Der Beschluß der Hauptversammlung bedarf in diesem Fall der in einem Sonderbeschluß herbeizuführenden Zustimmung der benachteiligten Aktionäre, und zwar einer Mehrheit von mindestens  $\frac{3}{4}$  des bei der Beschlußfassung vertretenen Grundkapitals (§ 179 Abs. 3 AktG = 146 Abs. 2 AktG 37). Auch hier führt der Ausfall einzelner Zustimmungserklärungen des Sonderbeschlusses nicht notwendig zur Unwirksamkeit des Sonderbeschlusses, sofern nur die gesetzlich vorgeschriebene Mehrheit der Stimmen erreicht wird. Folgerichtig müßte Peters daher auch den Verfügungscharakter der einzelnen Zustimmungserklärungen verneinen.

2) Zöllner, 360 ff.; Baltzer, 163, jeweils mit Nachweisen. Daß die Änderung der Beschlußqualität bei den handelsrechtlichen Körperschaften nur durch eine Anfechtungsklage geltend gemacht werden kann (vgl. §§ 243 ff. AktG), läßt sich nicht gegen die Verfügungswirkung der Einzelstimme anführen. A. A. Peters, 39.

auch dann, wenn der Beschluß eine größere Mehrheit als erforderlich gefunden hat, ist dieses Ergebnis denkbar, wenn die ungültige Stimme die Abstimmung der anderen Gesellschafter inhaltlich beeinflußt hat. In diesem Falle wird, da die ungültige Stimme für die Beschlußfassung ursächlich war, der Beschluß im ganzen für unwirksam gehalten <sup>1)</sup>.

Schließlich kann die Satzung die Anforderungen an das Zustandekommen des Beschlusses durch die Gestaltung der Abstimmung verschärfen und für bestimmte Beschlußgegenstände die Zustimmung aller Gesellschafter vorsehen <sup>2)</sup>. Gegenüber dem für Verträge charakteristischen Merkmal der Übereinstimmung besteht praktisch kein Unterschied. Der Ausfall einer einzigen Stimme führt zur Unwirksamkeit des ganzen Beschlusses <sup>3)</sup>.

a.) Der Verfügungscharakter der einzelnen Stimmabgabe ist aber bei den Kapitalgesellschaften vor allem auch unter Hinweis auf die Organisationsprinzipien der juristischen Personen abgelehnt worden. Die Gesellschafterversammlung sei Organ der Gesellschaft. Die Tätigkeit der Organe gelte als Handeln

---

1) Zöllner, 361 FN 6; Baltzer, 164.

2) Zur Zulässigkeit bei der AG: Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, § 133 RZ 104 mit Nachweisen. - Vgl. für die Personalgesellschaften: §§ 709 Abs. 1 BGB; 115 Abs. 2, 116 Abs. 3 Satz 1, 119 Abs. 1 HGB.

3) Vgl. Zöllner, 360; Baltzer, 158/9.

der juristischen Person selbst. Folglich leite sich die im Beschluß enthaltene Rechtswirkung von der Gesellschaft ab, nicht etwa von den an der Beschlußfassung beteiligten Gesellschaftern. Ihre Einzelstimme äußere keine rechtserzeugende Kraft; sie gehe vielmehr in dem einheitlichen Gesamtwillen der Haupt- bzw. Gesellschafterversammlung auf. Der Beschluß wirke als "Willenserklärung" der Gesellschaft selbst und unterscheide sich damit wesensmäßig von der bloßen Summe der ihn tragenden Einzelstimmen. Habe der Beschluß eine unmittelbare rechtsändernde Wirkung zum Inhalt, so werde die Verfügung von der Gesellschaft selbst getroffen. Das gelte auch bei satzungsändernden Beschlüssen <sup>1)</sup>.

Daran ist im Ausgangspunkt richtig, daß die juristischen Personen als Zweckschöpfung des Gesetzgebers keine natürliche Willens- und Handlungsfähigkeit besitzen, vielmehr als "selbsthandelnd" durch ihre Organe angesehen werden, d.h. deren

---

1) Mit eingehender Begründung für die AG: Peters, 40 ff., der den Einzelstimmen nur eine mittelbare Verfügungswirkung zuerkennt. Seine Ausführungen dürften auch für die GmbH Geltung beanspruchen, denn zwischen der AG und der GmbH bestehen in Bezug auf die körperschaftliche Struktur insoweit keine Unterschiede. Wo das Gesetz in den §§ 45 ff., 53 ff. GmbHG bei der Beschlußfassung der Gesellschaft jeweils von den "Gesellschaftern" spricht, meint es sie doch als Beschlußorgan der Gesellschaft. Feine, 503 ff.; Scholz, § 45 GmbHG RZ 1; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 5. Die unterschiedliche Gesetzessprache gegenüber dem Aktiengesetz (vgl. § 118 Abs. 1 AktG) bringt nur den stärker personalgesellschaftlichen Charakter der GmbH zum Ausdruck.

Handlungen gelten innerhalb ihres Wirkungskreises als Handlungen der juristischen Person (Organtheorie).

Der Begriff des Organs, den das Gesetz an verschiedenen Stellen verwendet <sup>1)</sup>, bezeichnet dabei in der juristischen Sprache:

- a) diejenigen Einrichtungen, in denen sich nach den zugrundeliegenden Organisationsbestimmungen die innere Willensbildung einer sozialen Organisation (juristische Person) vollzieht, wie Mitgliederversammlung, Vorstand usw.
- b) diejenigen Personen, die aufgrund der maßgebenden Organisationsbestimmungen kraft ihrer Stellung berechtigt sind, rechtsverbindlich für die Organisation (juristische Person) zu handeln, sie also zu vertreten." <sup>2)</sup>

Die GmbH ist juristische Person (§ 13 GmbHG). Es entspricht daher allgemeiner Meinung, daß die Gesellschafterversammlung als Organ der GmbH durch ihre Beschlußfassung den Willen der Gesellschaft zum Ausdruck bringt. Ihr Beschluß ist Wille der GmbH, nicht der einzelnen Gesellschafter <sup>3)</sup>.

---

<sup>1)</sup> Vgl. §§ 32 Abs. 1 Satz 1, 45 Abs. 2 Satz 1 BGB, 81a Abs. 1 Satz 1, 82 Abs. 1 Nr. 3 GmbH.

<sup>2)</sup> Staudinger-Coing, § 164 BGB Vorbem. RZ 50.

<sup>3)</sup> Feine, 545. Baumbach-Hueck, § 45 GmbHG Bem. 2C; Scholz, § 45 GmbHG RZ 8; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 8.

Für die AG: Baumbach-Hueck, § 119 AktG RZ 3; Barz in Großkomm. zum AktG, § 119 Anm. 13; Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, § 133 RZ 10. Ob das auch für die satzungsändernde Beschlüsse anzunehmen ist, ist nicht unbestritten. A.A. Thiele, 49, der in diesen Fällen eine Organtätigkeit der Mitgliederversammlung überhaupt verneint. Damit wäre der Auffassung von Peters bereits im Ansatzpunkt der Boden entzogen.

Damit ist indessen nicht mehr gesagt, als daß dem Beschluß die Bedeutung eines Aktes körperschaftlicher Willensbildung zukommt <sup>1)</sup>. Es folgt daraus nicht, daß dem Beschluß selbst die Rechtsqualität einer Willenserklärung im technischen Sinne beizulegen ist <sup>2)</sup>. Kommt der Beschluß durch die Abgabe von Einzelstimmen, die ihrerseits Willenserklärungen sind, zustande, so kann er zwar eine Mehrheit solcher und mithin Rechtsgeschäft sein, selbst aber nicht wiederum eine Willenserklärung <sup>3)</sup>.

Bei der Abstimmung über die Ausgestaltung der körperschaftlichen Grundlagen durch die Satzungsänderung werden die Gesellschafter auch nicht in dem zweiten Sinne des Organbegriffes tätig, nämlich

---

1) Baltzer, 175 FN 15.

2) Bartholomeyczik ZHR 105, 293, 299; Baltzer, 176; Feine, 515; Scholz, § 45 GmbHG RZ 8; Heckenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 8.

A. A. Peters, 43; v. Godin-Wilhelmi, § 119 AktG Anm. 2; Barz in Großkomm. zum AktG, § 119 Anm. 13.

3) Bartholomeyczik, ZHR 105, 293, 299, der zutreffend darauf hinweist, daß auch der Vertrag aus mehreren Willenserklärungen besteht, ohne selbst Willenserklärung zu sein.

Auch die Feststellung des Beschlüßergebnisses und dessen Verkündung durch den Versammlungsleiter macht den Beschluß nicht zu einer Willenserklärung noch stellt die Verkündung selbst eine solche dar. Bartholomeyczik aaO., 293, 310 FN 60, 313, 319.

als Vertreter der Körperschaft <sup>1)</sup>. Dieser Gedanke ließe sich schon rechtsdogmatisch nicht rechtfertigen, denn der Vertreter kann nicht in seiner Eigenschaft als solcher Erklärungen gegenüber dem Vertretenen abgeben <sup>2)</sup>. Eine Zurechnung auf die Körperschaft als "Zurechnungsendpunkt" ist deshalb nicht möglich <sup>3)</sup>.

Die Gesellschaft ist nicht Subjekt, sondern Objekt der Beschlußfassung <sup>4)</sup>.

- 
- 1) Eine Vertretung der Gesellschaft durch die Gesamtheit der Gesellschafter wird zum Teil schlechthin abgelehnt. Baumbach-Hueck, § 118 AktG RZ 6; Baumbach-Hueck, § 45 GmbHG Bem. 2 C. Bei der GmbH weist das Gesetz der Gesellschafterversammlung allerdings die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer sowie deren Entlastung, die nach allgemeiner Meinung Verzichtswirkung äußert, zu, ferner die Bestellung von Prokuristen und Handlungsbevollmächtigten zum gesamten Geschäftsbetrieb (§§ 6 Abs. 2 Satz 2, 46 Ziff. 5, 7 GmbHG). Ob die Gesellschafterversammlung die Gesellschaft in diesen Fällen vertritt, ist streitig. Vgl. Bartholomeyczik, ZHR 105, 293, 316 ff.; Scholz, § 45 GmbHG RZ 2; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 6.
  - 2) Bartholomeyczik, AcP 144, 287, 293.
  - 3) Bartholomeyczik, ZHR 105, 293, 295/6 FN 13; Thiele, 49. Da die Gesellschafter bei der Stimmabgabe weder Vertreter noch ausführendes Organ der Gesellschaft sind, dürfte es folgerichtig sein, in dem Beschluß nicht ein Rechtsgeschäft der Gesellschaft selbst, sondern der ihn tragenden Gesellschaftermehrheit zu sehen. So Bartholomeyczik, aaO., 293, 302 ff.
  - 4) Bartholomeyczik, ZHR 105, 293, 302; Peters, 42/3, der allerdings einwendet, der Umstand, daß die Hauptversammlung als Organ der Gesellschaft gelte, verbiete eine Gegenüberstellung von Subjekt und Objekt im Sinne einer in tatsächlicher Hinsicht unmöglichen Identität. - Die Gesellschafter geben indessen ihre Stimme nicht für die Gesellschaft ab.

Da die Stimmabgabe Willenserklärung der Gesellschafter ist und der Beschluß auf den ihn tragenden Einzelstimmen beruht, kann nur den Einzelstimmen Verfügungscharakter beigelegt werden. Die für den Beschluß stimmenden Gesellschafter, nicht die Gesellschaft selbst, treffen mithin bei Beschlüssen mit rechtsänderndem Inhalt eine Verfügung <sup>1)</sup>.

#### bb) Zustimmung

Die Änderung von Mitgliedschaftsrechten bedarf nicht selten der "Zustimmung" des betroffenen Gesellschafters. Das gilt - wie gesagt - vor allem für die Beeinträchtigung von Sonderrechten (§ 35 BGB).

Stimmt der Vorerbe in der Gesellschafterversammlung einer Beeinträchtigung von Sonderrechten, die mit dem Vorerbschafts-Geschäftsanteil verbun-

---

1) Die unmittelbare Verfügungswirkung der Einzelstimme läßt sich auch nicht damit infrage stellen, daß die Einzelstimme ihrem Wesen nach nur Entstehungselement des Beschlusses ist und in dieser neuen Einheit aufgeht. Das ist bei einem Vertrag, der durch Angebot und Annahme zustande kommt, nicht anders. Die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Willenserklärungen und ihr Fortbestehen ist dennoch unbestritten. Darauf beruht gerade die Möglichkeit der Anfechtung gemäß §§ 119 ff. BGB, die auch für die Einzelstimme bejaht wird. BGHZ 14, 264, 267; Bartholomeyczik, AcP 144, 287; Baltzer, 152 ff.; Hueck, Anfechtbarkeit, 120; Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Bem. 3 F; Scholz, § 45 GmbHG RZ 9; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 10. Für die AG: Baumbach-Hueck, § 134 AktG RZ 7; Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, § 133 RZ 25.

den sind, zu und wird die erforderliche Mehrheit der Stimmen <sup>1)</sup> erreicht, so ist der Beschluß ohne weiteres wirksam und stellt sich wiederum als ein Rechtsgeschäft dar, dessen Inhalt für den Gesellschaftervorerben in einer Schmälerung seiner Mitgliedschaftsrechte besteht. Seiner Stimmrechtsausübung, die allerdings nicht allein den Charakter einer gewöhnlichen Stimmabgabe trägt, sondern zugleich die Zustimmung enthält <sup>2)</sup>, ist daher Verfügungscharakter beizulegen.

Das Ergebnis kann in der Sache nicht anders sein, wenn der Gesellschaftervorerbe seine Zustimmung zur Aufhebung oder Beschränkung von Sonderrechten außerhalb der Gesellschafterversammlung, d.h. als selbständige Zustimmung im Sinne der §§ 182 bis 184 BGB <sup>3)</sup>, erteilt. Die unmittelbar rechtsändernde Wirkung resultiert auch in diesem Falle erst aus dem Zusammenwirken von Gesellschafterbeschuß und Zustimmung des Gesellschaftervorerben, die dem Beschluß der Gesellschafterversammlung letztlich Wirksamkeit verleiht und eine Schmälerung seiner Rechtsstellung zur Folge hat. Ob die Zustimmung des Gesellschaftervorerben als Einwilligung (§ 183 BGB) oder als Genehmigung (§ 184 BGB) des Gesellschafterbeschlusses erfolgt, kann für die Qua-

---

1) § 35 BGB verlangt neben der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters keinen einstimmigen Beschluß. Da sich die Beseitigung von satzungsmäßigen Sonderrechten im Wege der Satzungsänderung vollzieht, bedarf die Beschlußfassung gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG hier allerdings einer qualifizierten Mehrheit der Stimmen.

2) Thiele, 179; Peters, 46.

3) Fischer GmbHHR 1961, 21, 26; Murray, 99; Thiele, 179.

lifizierung der Zustimmung als Verfügung letztlich nicht ausschlaggebend sein <sup>1)</sup>.

Als Zwischenergebnis läßt sich danach feststellen, daß sowohl die "Zustimmung" als auch die Stimmabgabe Verfügungen sein oder doch enthalten können. Die Beschränkungen, denen der Gesellschaftervorerbe insoweit für die Dauer seiner Erbenstellung unterliegt, gelten daher grundsätzlich auch für die Ausübung von Mitverwaltungsrechten aus dem Geschäftsanteil.

- 
- 1) Im Ergebnis ebenso: K. Lehmann ZHR 51, 373, 406; Peters, 46/7; Feine, 411; Scholz, 4. Aufl., § 15 GmbHG RZ 93; Hachenburg, 5. Aufl. Exkurs I zu § 15 GmbHG Anm. 24.

Verfügungen sind zum einen der Beschluß der Gesellschafterversammlung, zum anderen die Zustimmung des Vorerben, die sich damit als Zustimmung zu einer Verfügung darstellt. Ob der Zustimmung zu einer Verfügung ihrerseits Verfügungscharakter zukommt, ist allerdings nicht unstrittig. Bejahend: RGZ 90, 395, 399/400; 137, 356, 357; 152, 380, 383; Larenz 473 FN 4; Enneccerus-Nipperdey, 882/3 FN 11; Krüger-Nieland in BGB-RGRK, Anm. 9 vor § 104 BGB; Staudinger-Going, Einl. RZ 68 vor §§ 104 ff. BGB, mit Einschränkungen. Differenzierend und a. A. für die Einwilligung: v. Tuhr, II, 1., 246; Palandt-Heinrichs, Vorbem. 3 d vor § 104 BGB; Erman-Westermann, Einl. 6 vor § 104 BGB, mit der Begründung, daß die Einwilligung selbst keine unmittelbare rechtsändernde Wirkung habe.

Der Streitfrage dürfte im Ergebnis keine Bedeutung zukommen, da die Vorschriften über Verfügungen auch auf die Zustimmung für anwendbar gehalten werden. Flume, 894; Thiele, 290 ff.; Larenz, aaO.

- b) Zu untersuchen bleibt, in welchen Fällen sich die Ausübung der Mitverwaltungsrechte durch den Vorerben als eine unentgeltliche Verfügung über den Geschäftsanteil darstellt.

aa) Aufgabe von Sonderrechten und Vorrechten.

Bereits bei der Erörterung des Verfügungscharakters der einzelnen Stimmabgabe wurde als Beispiel die Aufgabe von Sonderrechten und Vorrechten genannt, d.h. solcher Rechte, die ihrem Inhaber eine gegenüber anderen Mitgliedern bevorzugte Rechtsstellung gewähren und nicht ohnehin allen Gesellschaftern als allgemeine Mitgliedschaftsrechte zustehen <sup>1)</sup>. Ob sich die Beseitigung dieser Rechte, die mit einem Vorerbschaftsgeschäftsanteil verbunden sind, als eine unentgeltliche Verfügung darstellt, erscheint in mehrfacher Hinsicht zweifelhaft.

Der Begriff der Unentgeltlichkeit weist auf eine vermögensrechtliche Relation hin <sup>2)</sup>. Nichtvermö-

---

1) Der inhaltliche Umfang von Sonderrechten und Vorrechten ist nicht festgelegt und kann von den Gesellschaftern im Rahmen des Gesetzes frei bestimmt werden. Vgl. dazu oben S. 23 ff.

Hervorzuheben bleibt erneut, daß im neueren Schrifttum als Sonderrechte allein diejenigen Rechte angesehen werden, die nur mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters beeinträchtigt werden können (§ 35 BGB). Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 18. Darin liegt ein Unterscheidungsmerkmal zu den sonstigen Vorrechten.

2) Thiele, 283.

gensrechtliche Verfügungen sind in § 2113 BGB zweifelsfrei nicht gemeint <sup>1)</sup>. Gibt der Gesellschaftervorerbe nicht vermögenswerte Sonderrechte oder Vorrechte aus dem Geschäftsanteil auf, so liegt keine unentgeltliche Verfügung vor <sup>2)</sup>. Das ist denkbar, wenn die Gesellschaft, was zulässig ist <sup>3)</sup>, keinen wirtschaftlichen, sondern einen idealen Zweck verfolgt.

Bei Gesellschaften mit wirtschaftlichem Zweck stellt sich die Mitgliedschaft dagegen - zumindest ganz überwiegend - als ein vermögensrechtliches Rechtsverhältnis zur Gesellschaft dar. Die Aufgabe einzelner aus dem Geschäftsanteil hervorgehender Rechte enthält daher regelmäßig eine vermögensrechtliche Verfügung.

Daraus folgt jedoch noch nicht zwangsläufig, daß die Stimmabgabe oder Zustimmung eine unentgeltliche Verfügung enthält. Das Gesetz verwendet zwar die Begriffe "entgeltlich" und "unentgeltlich" kontradiktorisch. Ein Rechtssatz des Inhalts, daß jede Verfügung, die nicht entgeltlich ist, notwendig

---

1) Bruneß, 38.

2) Vgl. zu der Frage, ob nichtvermögensrechtliche Rechte überhaupt Gegenstand einer Verfügung sein können: v. Tuhr, II, 1., 240 FN 19.

3) Baumbach-Hueck, § 1 GmbHG Bem. 1 A; Scholz, § 1 GmbHG RZ 7; Hachenburg-Schilling, § 1 GmbHG Anm. 5.

gerweise unentgeltlich sein müsse, besteht jedoch nicht <sup>1)</sup>. Denkbar sind neutrale Verfügungen. Dabei handelt es sich insbesondere um Verfügungen, die nicht zum Zwecke der Leistung an einen anderen, sondern im Eigeninteresse vorgenommen werden. Verfügungen dieser Art stellt vor allem die Ausübung von Gestaltungsrechten (Kündigung, Rücktritt, Anfechtung, Widerruf, Wandlung) dar <sup>2)</sup>, zu denen auch die Stimmabgabe <sup>3)</sup> bzw. Zustimmung <sup>4)</sup> zu rechnen ist. Da Gestaltungsrechte in erster Linie dem Interesse des Berechtigten dienen und ihm auch nützen, erhebt sich die Frage nach der Entgeltlichkeit ihrer Ausübung gar nicht <sup>5)</sup>. Das schließt aber nicht aus, daß im Einzelfalle ein anderer ein geldwertes Interesse an der Verfügung hat. Auch die (Nicht-) Ausübung von Gestaltungsrechten kann in diesem Falle zum Gegenstand eines entgeltlichen oder unentgeltlichen Geschäftes <sup>6)</sup> gemacht werden mit der Folge, daß die erbrechtlichen Bestimmungen der §§ 2113 Abs. 2, 2205 BGB Anwendung finden <sup>7)</sup>.

- 
- 1) Bruneß, 42. Allein aus der Tatsache, daß dem Nachlaß kein Entgelt zufließt, ergibt sich noch nicht, daß eine Verfügung des Vorerben unentgeltlich ist. A.A. KGJ 35 A, 309; Oertmann, 108 FN 43.
  - 2) Bruneß, 38; v. Tuhr, II, 2., 152.
  - 3) Winnefeld DB 1972, 1053; Bartholomeyczik, 14, 28.
  - 4) Vgl. zur Zustimmung als entgeltlichem oder unentgeltlichem Rechtsgeschäft: Thiele, 282 ff.
  - 5) Stellt sich ihre Ausübung im Einzelfalle als unzweckmäßig heraus, so liegt deswegen keine unentgeltliche Verfügung vor. Bruneß, 45.
  - 6) Z.B. Gegenleistung des Verkäufers für die Bestätigung eines anfechtbaren Kaufvertrages durch den Käufer. Bruneß, 38; v. Tuhr, II, 2., 152 FN 92; a.A. Krawielicki, Gruch. 71, 113, 133.
  - 7) Bruneß, 38/9.

Sonder- bzw. Vorrechte erhöhen den wirtschaftlichen Wert des Geschäftsanteils und werden bei der Veräußerung durch entsprechende Zuschläge mitabgegolten <sup>1)</sup>. Auch die Aufhebung dieser Rechte wird daher regelmäßig nur gegen ein Entgelt infrage kommen oder vorgenommen werden, vor allem dann, wenn die Gesellschaft oder die Gesellschafter ein besonderes Interesse an der Beseitigung der Vorzugsrechte haben, z. B. von solchen, die einer Umwandlung entgegenstehen.

Erhält der Gesellschaftervorerbe deswegen für die Aufgabe von Sonder- oder Vorzugsrechten eine angemessene Entschädigung von der Gesellschaft oder den Mitgesellschaftern, so liegt in der Stimmabgabe oder Zustimmung zu ihrer Beseitigung keine unentgeltliche Verfügung. Das ist anders, wenn der Gesellschaftervorerbe gar kein Entgelt oder nur ein Teilentgelt erhält. In diesen Fällen liegt eine "unentgeltliche Verfügung" i.S. des § 2113 Abs. 2 BGB vor <sup>2)</sup>.

---

1) Zur Berücksichtigung bei der steuerlichen Wertermittlung vgl. RL 80, 84 zu § 113 BewG.

2) Inhalt des Sonder- oder Vorzugsrechts kann auch der Anspruch auf die Zuteilung bestimmter Gegenstände des Gesellschaftsvermögens im Falle der Liquidation sein. Soweit es sich um Grundstücke oder Grundstücksrechte handelt, die etwa von dem Erblasser eingebracht worden sind, verstößt der Verzicht des Gesellschaftervorerben unter Umständen gegen §§ 2113 Abs. 1, 2114 BGB.

bb) Aufgabe bzw. Beschränkung allgemeiner Mitgliedschaftsrechte

Aus den gleichen Gründen wird eine unentgeltliche Verfügung des Gesellschaftervorerben dann vorliegen, wenn er ohne eine angemessene Entschädigung zu erhalten, seine Zustimmung zu einer Beschränkung oder teilweisen Entziehung <sup>1)</sup> seiner allgemeinen, d.h. allen Gesellschaftern in gleichem Umfang zustehenden Vermögens- und Mitverwaltungsrechte erteilt. Zu denken ist hier namentlich an Beschlußfassungen der Gesellschafterversammlung, durch welche die für die Vermögens- und Mitverwaltungsrechte geltende gesetzliche (§§ 14, 29, 72, 47 Abs. 2 GmbHG) oder statutarische Verhältniszahl zum Nachteil des zur Vorerbschaft gehörenden Geschäftsanteils geändert werden soll oder der Vorerbschaftsgeschäftsanteil das Stimmrecht verlieren oder von dem Recht auf den Gewinnbezug oder Liquidationserlös ausgeschlossen werden soll <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Einem Gesellschafter können nicht alle Mitgliedschaftsrechte gleichzeitig genommen werden. Baumbach-Hueck, *Üb.* vor § 13 GmbHG Bem. 2 D; Scholz, § 47 GmbHG Anm. 11; Hachenburg-Schilling, § 47 GmbHG Anm. 7a. - Anerkannt worden ist der kumulative Entzug von Gewinn- und Stimmrecht: BGHZ 14, 264.
- 2) Beschlüsse dieser Art, die die Grundlagen der Mitgliedschaft berühren, können nur durch Satzungsänderung erfolgen und bedürfen der Zustimmung der in ihren Rechten zurückgesetzten Gesellschafter, hier des Vorerben. Für die Zustimmung: Wiedemann, 33; Murray, 96; Baumbach-Hueck, § 53 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 53 RZ 30.

## cc) Amortisation

Die Amortisation oder Einziehung führt zur Vernichtung des Geschäftsanteils als solchen <sup>1)</sup>. Betrifft die Amortisation den Vorerbschaftsgeschäftsanteil, so scheidet dieser aus dem Nachlaß aus. Von besonderem Interesse ist daher für den Nacherben die Frage, ob die Mitwirkung des Vorerben bei der Amortisation eine unentgeltliche Verfügung enthält. Diese Frage stellt sich auch für die Einführung von Amortisationstatbeständen. Bei der Beantwortung sind verschiedene Fallgestaltungen zu unterscheiden:

- a.1 Die Einziehung von Geschäftsanteilen darf nur erfolgen, soweit sie im Gesellschaftsvertrag überhaupt zugelassen ist (§ 34 Abs. 1 GmbHG) <sup>2)</sup>. Sie bedarf in Ermangelung weiterer Satzungsregelungen eines mit einfacher Mehrheit zu fassenden Beschlus-

---

1) Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 34 GmbHG RZ 11; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 19.

2) Die Zulassung kann sich auch durch Auslegung des Gesellschaftsvertrages ergeben. Scholz, § 34 GmbHG RZ 2; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 9. - Läßt sich auch im Wege der Satzungsauslegung die Zulassung nicht feststellen, so ist die Amortisation grundsätzlich wirkungslos und auch mit Zustimmung des Anteilsberechtigten nicht möglich. Sudhoff, 340/1; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 12. - Der unzulässigerweise mit Zustimmung des Vorerben amortisierte Geschäftsanteil gehört weiterhin zur Vorerbschaft. Ein gezahltes Amortisationsentgelt hat der Vorerbe zurückzuerstatten.

ses der Gesellschafterversammlung (§ 46 Ziff. 4 GmbHG) sowie der ausdrücklichen Zustimmung des betroffenen Gesellschafters (§ 34 Abs. 2 GmbHG). Die Zustimmung kann formlos vor oder nach der Beschlußfassung über die Amortisation erteilt werden, aber auch in der positiven Stimmabgabe des betroffenen Gesellschafters enthalten sein, falls dieser an der Gesellschafterversammlung teilgenommen und mitgestimmt hat <sup>1)</sup>. Der betroffene Gesellschafter hat Anspruch auf ein angemessenes Einziehungsentgelt in Höhe des wirklichen, gemeinen Wertes des eingezogenen Geschäftsanteils <sup>2)</sup>.

In der Stimmabgabe oder Erteilung der Zustimmung ist der Gesellschaftervorerbe frei. Er kann diese mit Wirkung gegenüber dem Nacherben abgeben (2112 BGB). Sieht der Amortisationsbeschluß allerdings eine unentgeltliche Einziehung vor oder setzt er ein nur unzureichendes Einziehungsentgelt fest, das dem wirklichen Wert des Geschäftsanteils nicht entspricht (Abfindung zum Nennwert oder Buchwert - Nennwert zuzüglich Anteil an offenen Rücklagen), so enthält die Zustimmung des Gesellschaftervorerben eine unentgeltliche Verfü-

---

1) Das ist grundsätzlich zulässig. Zöllner, 241; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 A; Scholz, § 34 GmbHG RZ 8; Hachenburg-Schmidt, § 46 GmbHG Anm. 20; § 47 GmbHG Anm. 25 a, differenzierend.

2) Sudhoff, 335/6.

gung <sup>1)</sup> im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB, die dem Nacherben gegenüber mit dem Eintritt des Nacherbfalles ebenso unwirksam ist, wie der nachträgliche Verzicht auf ein angemessenes Einziehungsguthaben <sup>2)</sup>.

- 
- 1) Vgl. Scholz, § 34 GmbHG RZ 17; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 25. Ob eine Zuwendung an die Gesellschaft oder die Gesellschafter erfolgt, bedarf keiner Klärung. Zur Anwendung von § 2113 Abs. 2 BGB genügt die Feststellung, daß der Vorerbe mit seiner Zustimmung einseitig auf vermögenswerte Rechte des Nachlasses verzichtet, ohne daß der Rechtsverlust durch ein angemessenes Entgelt ausgeglichen wird. Vgl. Krawietzki, Gruch. 71, 113, 119, 123. Auf die durch den Rechtsverlust eintretende Schmälerung des Nachlasses haben auch die in der Rechtsprechung und Literatur entwickelten Begriffsbestimmungen der Unentgeltlichkeit ab: "Unentgeltlich ist eine Verfügung, durch die aus dem Nachlaß etwas aufgegeben und weggegeben wird, ohne daß die dadurch eintretende Verringerung des Nachlasses durch Zuführung eines entsprechenden Vermögensvorteils aufgewogen wird." RG DR 1939, 635/6; BGHZ 7, 274, 277; Kipp-Coing, 225; Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 2 a, aa); Johannsen in BGB-RGRK, § 2113 Anm. 21; Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 19. - Den unentgeltlichen Verfügungen sind daher auch solche Verwaltungshandlungen des Vorerben zuzurechnen, die den Nachlaß mindern, ohne einen anderen unmittelbar zu bereichern. Ebenso für die Dereliktion (§ 959 BGB): Oertmann, 108; v. Tuhr, II, 2., 151; differenzierend Bruneß, 45/6. Vgl. zur Löschung von Eigentümergrundschulden an rangletzter Stelle: KGJ 35 A, 305; dagegen: KGJ 43 A, 263; JW 1937, 2120; LG Hildesheim MDR 1961, 692; v. Tuhr, II, 2., 153; Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 2a, aa); Johannsen in BGB-RGRK, § 2113 Anm. 7, 59; Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 9.
- 2) Die Festsetzung des Amortisationsentgeltes ist nicht notwendiger Bestandteil des Einziehungsbeschlusses. Fehlt eine entsprechende Festsetzung und einigen sich Gesellschaft und Gesellschafter später nicht auf die Höhe des Entgeltes, so kann der Gesellschafter Klage erheben. RGZ 125, 114; BGHZ 16, 317; Sudhoff, 335; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 A.

a.2 Ohne die Zustimmung des Anteilsberechtigten ist die Einziehung zulässig, wenn ihre Voraussetzungen <sup>1)</sup> vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrage festgesetzt waren (§ 34 Abs. 2 GmbHG, sog. Zwangsamortisation). In diesem Falle bedarf es zur Einziehung lediglich noch eines Beschlusses der Gesellschafterversammlung. Der betroffene Gesellschafter ist zur Abstimmung grundsätzlich zugelassen <sup>2)</sup>. Stimmt der Gesellschaftervorerbe hier für die Einziehung seines Geschäftsanteiles, so enthält seine Stimmrechtsausübung ei-

---

1) Diese müssen tatbestandsmäßig hinreichend scharf festgelegt sein (z. B. Kündigung oder Austrittserklärung des Gesellschafters, Konkurs, Pfändung, Tod, Fehlen bestimmter persönlicher Eigenschaften, Betrieb von Konkurrenzunternehmen) und auch eine Regelung darüber enthalten, ob die Einziehung entgeltlich oder (teilweise) unentgeltlich erfolgen soll. Vgl. Sudhoff, 341/2; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 2 B; Scholz, § 34 GmbHG RZ 4; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 13.

2) Zöllner, 241; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 A; Scholz, § 34 GmbHG RZ 8; widersprüchlich Hachenburg-Schmidt, § 46 GmbHG Anm. 20, § 47 GmbHG Anm. 25 a. Daß die Satzung den Ausschluß des Stimmrechts gemäß §§ 45 Abs. 2, 47 GmbHG vorsehen kann, ist allgemein anerkannt.

ne Verfügung über den Geschäftsanteil <sup>1)</sup>, die dem Nacherben gegenüber wirksam ist (§ 2112 BGB), und zwar auch dann, wenn die Satzung für die Amortisation nur ein unzureichendes oder gar kein Entgelt vorsieht. Dahingehende Regelungen binden auch den Vorerben als Rechtsnachfolger des Erblassers. Der Vorerbe trifft daher keine unentgeltliche Verfügung, weil ein (volles) Entgelt nach der Satzung nicht beansprucht werden kann noch erwartet wird. Gegenüber dem Nacherben sind deswegen auch solche Verfügungen wirksam, die der Vorerbe in Erfüllung einer statutarischen Abgabepflicht <sup>2)</sup> vornimmt.

- 
- 1) Vgl. dazu oben S. 196/7. Allgemein wird die Einziehung zwar als ein einseitiges Rechtsgeschäft der Gesellschaft gegenüber dem betroffenen Gesellschafter verstanden, die diesem gegenüber regelmäßig erst durch formlose Mitteilung seitens des Geschäftsführers wirksam wird, falls der betroffene Gesellschafter nicht an der Gesellschafterversammlung teilgenommen hat. RG JW 1934, 977. Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 A; Scholz, § 34 GmbHG RZ 8. Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 23. Ohne den von der Gesellschafterversammlung zu fassenden Beschluß ist die Einziehung indessen unwirksam, so daß den einzelnen Stimmabgaben Verfügungscharakter beizulegen ist.
- 2) Die Satzung kann vorsehen, daß der Geschäftsanteil nach dem Tode des Erblassers (ganz oder teilweise) entschädigungslos an die Gesellschaft abzutreten ist oder von ihr eingezogen werden kann. Barella GmbH 1959, 45/6; Sudhoff, 370 ff.; Baumbach-Hueck, § 15 GmbHG Bem. 1 A; § 34 GmbHG Bem. 2 B; Scholz, § 15 GmbHG RZ 11, 12, § 34 GmbHG RZ 10; Hachenburg-Schilling, § 15 GmbHG Anm. 3; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 3. Ob eine dahingehende Satzungsregelung eine unentgeltliche Zuwendung des Erblassers enthält, kann hier dahinstehen. Auf den Vorerben ist der Geschäftsanteil jedenfalls nur "belastet" mit der gesellschaftsvertraglichen Abgabepflicht übergegangen. Vgl. BGH WM 1971, 1338, 1339 für das Übernahmerecht bei einer (zweigliedrigen) KG.

a.3 Die nachträgliche Neueinführung von Amortisationsstatbeständen wie auch die Abänderung bereits bestehender Regelungen, mit der die Durchführung der Amortisation erleichtert wird, bedarf der Zustimmung aller betroffenen Gesellschafter <sup>1)</sup>; sofern die Einziehungstatbestände für alle Gesellschafter gleichmäßig gelten sollen, ist mithin die Zustimmung aller erforderlich <sup>2)</sup>.

Die Zustimmung des Gesellschaftervorerben enthält eine Verfügung über Rechte aus dem Geschäftsanteil, da die Mitgliedschaft bereits mit der Satzungsänderung inhaltlich eine Änderung erfährt.

Diese wird aber durch § 2112 BGB ohne weiteres gedeckt. Da die Bestimmungen über die Nacherbfolge keine gegenständliche Sicherung des Geschäftsanteils zugunsten des Nacherben vorsehen, gilt das auch für die Einführung von solchen Amortisationsstatbeständen, die die Gesellschaft berechtigen, gerade den Nacherben von der Fortführung der Mitgliedschaft auszuschließen. Sofern sich das Amortisationsentgelt nach dem gemeinen Wert des Geschäftsanteils bemisst, stellt die Zustimmung des Vorerben

---

1) BGHZ 9, 157, 160; Sudhoff, 339/40; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 2 A, § 53 GmbHG Bem. 3 E; Scholz, § 34 GmbHG RZ 2, § 53 GmbHG RZ 27; Hachenburg-Schmidt, § 53 GmbHG Anm. 11.

2) Hueck, DB 1957, 37, 40.

zur Einführung der Amortisationstatbestände auch keine unentgeltliche Verfügung dar<sup>1)</sup>.

Das ist nur dann anzunehmen, wenn der Vorerbe der Statuierung von Zwangsamortisationstatbeständen ohne oder gegen ein unzureichendes Entgelt zustimmt und sich die vorgesehene Abfindungsregelung nicht für alle Anteilsrechte gleichmäßig auswirkt, sondern einzelne, insbesondere den zur Vorerbschaft

- 
- 1) Die Einführung von Einziehungstatbeständen führt zwar wegen der Verlustgefahr zu einer unmittelbaren Beeinträchtigung der betroffenen Anteilsrechte und hat auch eine Erschwerung der Veräußerlichkeit zur Folge. Vgl. Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 11. Eine unentgeltliche Verfügung liegt deswegen aber nicht vor, denn § 2113 Abs. 2 BGB erfaßt nicht schlechthin alle Verwaltungshandlungen, die sich für die Erbschaft nachteilig auswirken.

Deswegen ist auch die Zustimmung des Vorerben zur Einführung der Vinkulierung (§ 15 Abs. 5 GmbHG) oder zur Begründung eines statutarischen Vorkaufsrechts wirksam.

Zur Zustimmungsbedürftigkeit vgl.

- a) für die Vinkulierung: Zöllner, 114 FN 20; v. Falkenhausen, 80 ff. jeweils mit weiteren Nachweisen. Die in § 180 Abs. 2 AktG 65 getroffene Regelung ist auch in § 49 Abs. 2 Satz 2 RefE GmbHG vorgesehen.
- b) für das Vorkaufsrecht: OLG Celle, GmbHR 1959, 113/4; v. Falkenhausen, 81; Scholz, § 53 GmbHG RZ 26; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 29.

gehörenden Geschäftsanteil, einseitig belastet<sup>1)</sup>.

- 
- 1) So, wenn die (teilweise) entschädigungslose Abfindungsregelung nur für den Vorerbschaftsgeschäftsanteil gelten soll. Vgl. für die Personalgesellschaften: Heinrichs, DB 1973, 1003; Wiedemann, 188; Nitschke, 341 ff., 348/9; Staudinger-Ferid, Vorbem. vor § 2303 BGB RZ 135.

Gilt diese Abfindungsregelung dagegen für alle Anteilsrechte, so fehlt es an der Unentgeltlichkeit. Vgl. für die Personalgesellschaften: BGHZ 22, 186, 194/5; Buchwald, JR 1955, 173; G.u.D. Reinicke, NJW 1957, 561, 562; Ulmer ZGR 1972, 195, 216 FN 106; Wiedemann, 189; Nitschke, 349, 350; Staudinger-Ferid, aaO. Da derartige Abfindungsregelungen nur durch Willensübereinstimmung in den Gründungsstatut festgesetzt oder nachträglich nur mit Zustimmung aller Gesellschafter in die Satzung aufgenommen werden können, erscheint die gleiche Beurteilung auch bei der GmbH gerechtfertigt. Ebenso im Ergebnis: Landmann, 66 ff., 69; Sudhoff, 371.

Liegt es allerdings nahe, daß die in den Amortisationsstatbeständen aufgestellten Voraussetzungen einer (teilweise) entschädigungslosen Einziehung zuerst den Nacherben treffen werden, so erscheint die Entgeltlichkeit der Satzungsregelung fraglich. Das gilt vor allem dann, wenn die Einziehung an den (Nach-) Erbfall anknüpft und das Recht des Nacherben, etwa wegen Befristung unmittelbar vor dem Ende steht. Vgl. auch: Wiedemann, 190; Nitschke, 350/1.

Gegen diese Differenzierung, die der Rechtsprechung und herrschenden Meinung entspricht, neuerdings Heckelmann, 68 ff. mit weiteren Nachweisen für die Personalgesellschaften. Heckelmann sieht in dem Ausschluß jeglicher Abfindung (89) sowie in der Statuierung bestimmter Klauseln, die den Abfindungsbetrag beschränken, z.B. in der Abfindung nach den Buchwerten oder nach der Steuerbilanz (91), einen aufschiebend bedingten, schenkweisen (Teil-) Erlaß des gegenüber den Mitgesellschaftern und der Gesellschaft bestehenden Abfindungsanspruchs. - Die Zustimmung des Vorerben zu entsprechenden Satzungsbestimmungen bei der GmbH würde danach zwangsläufig eine (teilweise) unentgeltliche Verfügung über den Geschäftsanteil (zugunsten der Gesellschaft) enthalten, die dem Nacherben gegenüber mit dem Eintritt des Nacherbfalles unwirksam wäre (§ 2113 Abs. 2 BGB).

In diesem Falle trifft der Vorerbe mit seiner Zustimmung zu der Satzungsänderung eine unentgeltliche Verfügung <sup>1)</sup> über den Geschäftsanteil.

dd) Kapitalerhöhung

Die Gesellschaft kann im Wege der Satzungsänderung mit einer Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stimmen eine Erhöhung des Stammkapitals beschließen (§§ 53, 55 GmbHG). Der Beschluß muß nur den Betrag ersichtlich machen, um den das Kapital erhöht werden soll <sup>2)</sup>; er kann weitere Bestimmungen

---

1) Sie liegt in dem einseitigen Verzicht auf ein angemessenes Abfindungsentgelt und enthält eine Beeinträchtigung des Nacherben vor allem dann, wenn dieser auf die Amortisation des Geschäftsanteils ohne Einfluß ist, insbesondere bei der Beschlußfassung überstimmt werden kann oder gar kein Stimmrecht besitzt (§§ 45 Abs. 2, 47 GmbHG) oder für die Einziehung abweichend von der gesetzlichen Regel (§ 46 Ziff. 4 GmbHG) die Zuständigkeit der Geschäftsführer oder eines anderen Gesellschaftsorgans (Aufsichtsrat) begründet ist. Letzteres ist zulässig. Sudhoff, 343; Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 2 A, § 46 GmbHG Bem. 5; Scholz, § 34 GmbHG RZ 8, § 46 GmbHG RZ 5; Hachenburg-Schmidt, § 46 GmbHG Anm. 20. Der Zustimmung des Nacherben zur Amortisation würde es gemäß § 34 Abs. 2 GmbHG jedenfalls nicht mehr bedürfen, da die statutarischen Voraussetzungen bereits vor dem Erwerb des Geschäftsanteils (Nacherbfall) festgesetzt waren.

Eine Beeinträchtigung des Nacherben dürfte allenfalls dann entfallen, wenn es ihm aufgrund einer qualifizierten Mehrheit (§ 53 Abs. 2 GmbHG) möglich ist, die ihm nachteilige Amortisationsregelung wieder zu beseitigen.

2) Die Festsetzung der neuen Stammeinlagen nach Nominalbetrag und Ausgabekurs sowie der Zuteilung an Gesellschafter oder Dritte kann einem anderen Gesellschaftsorgan (Geschäftsführer, Aufsichtsrat) überlassen werden. Vgl. Skibbe GmbHG 1963, 46, 47; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 1.

enthalten, insbesondere über die Höhe der zu übernehmenden Stammeinlagen und deren Ausgabekurs sowie darüber, wer zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zugelassen werden soll <sup>1)</sup>. Bei der Vereinbarung der Übernahme wird die Gesellschaft durch die Gesellschafterversammlung vertreten <sup>2)</sup>.

Durch die Schaffung neuer Geschäftsanteile ändert sich zwangsläufig das Beteiligungsverhältnis der bisherigen Mitgliedschaften. Nimmt der Vorerbe an der Übernahme der neuen Stammeinlagen nicht teil, so mindert sich seine relative Quote an dem Gesellschaftsvermögen und an der Summe der Mitverwaltungsrechte. Die Stimmabgabe für den Kapitalerhöhungsbeschluß, durch den Mitgesellschafter oder Dritte zur Übernahme der neuen Stammeinlagen zugelassen werden, enthält deswegen aber noch keine unentgeltliche Verfügung über den Vorerbschaftsgeschäftsanteil. Zumindest dann ist das nicht der Fall, wenn die neuen Anteilsrechte, gegebenenfalls durch Festsetzung eines Aufgeldes gemäß §§ 55 Abs.2

---

1) Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 5 bis 7.

2) BGHZ 49, 117, 119; Sudhoff, 108; Baumbach-Hueck, § 55 GmbHG Bem. 3 A; Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 10. - § 55 GmbHG liegt offenbar in Anlehnung an die aktienrechtliche Zeichnung die Vorstellung zugrunde, daß die Übernahmeerklärung von dem Kapitalerhöhungsbeschluß gesondert abgegeben wird. In der Praxis werden Kapitalerhöhungsbeschluß, Zulassungsbeschluß und Übernahmeerklärung jedoch regelmäßig in einem Akt beurkundet. Hachenburg-Schilling, aaO.

Satz 2, 3 Abs. 2 GmbHG, zum inneren Wert der alten Anteile ausgegeben werden. Dem Nacherben bleibt die Beteiligung an der Substanz des Gesellschaftsvermögens erhalten. Der rechnerische Wert des Vorerbschaftsgeschäftsanteils, d.h. dessen absolute Quote, wird nicht verändert <sup>1)</sup>. Eine Vermögenseinbuße tritt nur dann ein, wenn der Ausgabekurs der neuen Anteile unter dem inneren Wert der alten liegt, d.h. der Mehrwert, den das Gesellschaftsvermögen über das Stammkapital hinaus aufweist, nicht durch entsprechende Zuzahlungen der Übernehmer neuer Stammeinlagen ausgeglichen wird. Diese Verwässerung der Beteiligungsquote kann unter Umständen im Interesse der Gesellschaft

---

1) Ob ein Gesellschafter mit 10 % an einem Gesellschaftsvermögen von DM 100.000 oder mit 5 % an einem Gesellschaftsvermögen von DM 200.000 beteiligt ist, macht bei der Ermittlung des Beteiligungswertes grundsätzlich keinen Unterschied. Vgl. v. Falkenhausen, 44. Eine Minderung der relativen Quote kann allerdings für die Ausübung der Mitverwaltungsrechte, insbesondere des Stimmrechts, von erheblicher Bedeutung sein, wenn qualifizierte Mehrheiten oder Minderheiten durch die Kapitalerhöhung verloren gehen. Insoweit kann der Verzicht des Vorerben auf die Teilnahme an der Kapitalerhöhung für die Vorerbschaft nachteilig sein. Eine unentgeltliche Verfügung enthält seine Stimmabgabe für den Kapitalerhöhungsbeschluß deswegen aber nicht. Ob der Vorerbe damit seine Verpflichtung verletzt, die Vorerbschaft mit dem Eintritt des Nacherbfalles in dem Zustande einer fortgesetzten ordnungsmäßigen Verwaltung herauszugeben, ist Tatfrage. Vgl. dazu auch oben S. 103 FN 1, 117 FN 1.

gerechtfertigt sein <sup>1)</sup> und muß von den benachteiligten Gesellschaftern hingenommen werden, auch von dem Nacherben, wenn sich die Kapitalerhöhung zulasten des Vorerbschaftsgeschäftsanteil auswirkt.

Liegen diese Voraussetzungen dagegen nicht vor, haben die zur Kapitalerhöhung zugelassenen Mitgesellschafter oder Dritten <sup>2)</sup> vielmehr auf die

- 
- 1) Vgl. v. Falkenhausen, 47. Andernfalls ist der Kapitalerhebungsbeschluß anfechtbar, wenn den benachteiligten Gesellschaftern kein angemessener Ausgleich für ihren Schaden gewährt wird. § 243 Abs. 2 AktG ist entsprechend anwendbar (v. Falkenhausen, aaO.; Däubler GmbH 1968, 4, 7; Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Anh. Bem. 3 D; vgl. auch § 197 Abs. 2 RefE GmbHG).  
Zum Ausschuß des Bezugsrechts bei der AG sowie zur Anfechtbarkeit des Kapitalerhebungsbeschlusses wegen Festsetzung eines unangemessen niedrigen Ausgabekurses: Schilling, Freundesgabe für Hengler, 235 ff. mit Nachweisen; Lutter in Kölner Komm. zum AktG, § 186 RZ 45 ff.; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 186 Anm. 2, 12; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 255 Anm. 3ff. Eine entsprechende Anwendung von § 255 Abs. 2 AktG auf die GmbH wird mit dem Hinweis darauf abgelehnt, daß das geltende GmbHG kein gesetzliches Bezugsrecht der Gesellschafter kennt. So: v. Falkenhausen, aaO.; Däubler, aaO., 4, 11. Sieht die Satzung in Anlehnung an die gesetzlichen Bestimmungen des AktG ein Bezugsrecht der Gesellschafter vor, so erscheint eine analoge Anwendung von § 255 Abs. 2 AktG auf die Kapitalerhöhung bei der GmbH möglich. Vgl. auch Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Anh. Bem. 1 A. § 210 Abs. 2 RefE GmbHG.
- 2) Zu denken ist hier vor allem an Personen, die dem Vorerben (nicht dem Erblasser) nahestehen. Werden sie zur Übernahme der neuen Stammeinlagen in Höhe des Anteils zugelassen, der dem Anteil des Vorerbschaftsgeschäftsanteils an dem bisherigen Stammkapital entspricht, so wird die Rechtsstellung der Mitgesellschafter dadurch nicht beeinträchtigt. Zur Anfechtung des Kapitalerhebungsbeschlusses sind die jedenfalls nicht gemäß § 243 Abs. 2 AktG befugt, wenn die in der Kapitalerhöhung liegende Begünstigung der Übernehmer sich nur zulasten der Vorerbschaft auswirkt.

neuen Geschäftsanteile unangemessen niedrige Einlagen <sup>1)</sup> zu leisten, so enthält die positive Stimmabgabe des Gesellschaftervorerben wegen der Vermögenseinbuße <sup>2)</sup>, die der Vorerbschaftsgeschäftsanteil durch die Kapitalerhöhung erleidet, eine (teilweise) unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2113 Abs. 2 BGB - es sei denn, daß der Vorerbe einen angemessenen Ausgleich in Höhe der Differenz zwischen Ausgabekurs und innerem Wert der alten Anteile erhält. Wird dieser nicht gewährt, so kann die Stimmabgabe des Vorerben im Ergebnis nicht anders beurteilt werden als die schenkweise Abtretung eines zur Vorerbschaft gehörenden Bezugsrechts mit rechnerischem Wert oder

- 
- 1) Vgl. auch § 210 Abs. 2 RefE GmbHG und für die AG: v. Falkenhausen, 46/7; Schilling, Freundesgabe für Hengeler, 226, 238; Baumbach-Hueck, § 255 AktG RZ 2; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 255 Anm. 7. Die zu § 255 AktG entwickelten Maßstäbe eines unangemessen niedrigen Ausgabekurses dürfen sinngemäß auch bei der GmbH Geltung beanspruchen.
- 2) Diese kann unter Umständen je nach dem Umfang der offenen und stillen Reserven ganz erheblich sein, was folgendes Beispiel verdeutlichen mag: Das Stammkapital der GmbH soll DM 100.000, die offenen Rücklagen sollen DM 400.000 betragen. Der Buchwert der Anteile beläuft sich danach auf 500 %. Wird das Stammkapital nun um weitere DM 100.000 bei einer Ausgabe zum Nennwert erhöht, so beträgt der Buchwert sämtlicher Anteile nach der Kapitalerhöhung (nur noch) 300 %. Beteiligt sich der Vorerbe an der Übernahme der neuen Einlagen nicht, so reduziert sich danach allein der Buchwert der Vorerbschaftsgeschäftsanteile um 200 %. - Die in der Regel vorhandenen stillen Reserven des Gesellschaftsvermögens sind bei diesem Berechnungsbeispiel nicht einmal berücksichtigt.

die Abtretung des neuen Geschäftsanteils zum Nennwert, falls der Vorerbe sich an der Kapitalerhöhung beteiligt hat <sup>1)</sup>.

### 3) Rechtsfolgen

Soweit der Vorerbe über den Geschäftsanteil als ganzen im Wege der Veräußerung verfügt, bestimmen sich die Rechtsfolgen ausschließlich nach den Bestimmungen des BGB. Enthält die Veräußerung des Geschäftsanteils eine (teilweise) unentgeltliche Verfügung über den Geschäftsanteil, so ist die Abtretung als Verfügungsgeschäft <sup>2)</sup> gemäß § 2113 Abs. 2 BGB mit dem Eintritt der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt <sup>3)</sup>. Diese Nichtigkeitsfolge gilt grundsätzlich auch für die Ausübung der Mitverwaltungsrechte aus dem Geschäftsanteil wie die Stimmab-

- 
- 1) Daß die Zession in beiden Fällen eine unentgeltliche Verfügung enthält, dürfte wohl nicht zweifelhaft sein.
  - 2) Die Wirksamkeit des zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts wird nicht berührt. Der Vorerbe oder dessen Erbe sind unter Umständen schadensersatzpflichtig. Der Nacherbe tritt grundsätzlich nicht in die Forderungen und Verbindlichkeiten des Vorerben ein, da er nicht dessen Rechtsnachfolger ist. Palandt-Keidel, § 2139 BGB Bem. 1 b.
  - 3) Eine Beeinträchtigung des Nacherbenrechts ist bei unentgeltlichen Verfügungen in der Regel anzunehmen. Johannsen in BGB-RGRK, § 2113 Anm. 31.

abgabe und die Zustimmung <sup>1)</sup>. Deren Ausfall führt jedoch nicht zwangsläufig zur Unwirksamkeit der Beschlußfassung als Verfügungsgeschäft im ganzen <sup>2)</sup>. Die Auswirkungen auf den Beschlußtatbestand werden zudem im Interesse der Rechtssicherheit durch die aktienrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit (§§ 241 ff. AktG) modifiziert. Diese Bestimmungen finden nach allgemeiner Meinung auch auf die GmbH Anwendung <sup>3)</sup>. Inwieweit sich dadurch im Ergebnis eine Einschränkung der Nichtigkeitsfolgen des BGB ergibt, soll nachstehend erörtert werden.

- a) Dazu bedarf es vorab kurz eines Eingehens auf die Rechtswirkungen gemäß § 2113 Abs. 2 BGB.

Das Erbrecht des Vorerben ist nach der Bestimmung des Erblassers befristet oder auflösend bedingt. Dementsprechend wird die im Grundsatz freie Verfügungsmacht des Vorerben für die Tatbestände der gesetzlichen Verfügungsbeschränkungen auf die Stellung eines Rechtsinhabers auf Zeit gemäß §§ 163, 158, 160, 161 BGB <sup>4)</sup> zurückgeführt. Daraus folgt, daß die auf § 2113 BGB gegründete Unwirksamkeit nicht nur relativer, sondern

---

1) Da es sich um Willenserklärungen im technischen Sinne handelt, sind die diesbezüglichen Vorschriften des BGB, insbesondere auch über Willensmängel grundsätzlich anwendbar. Vgl. dazu oben S. 193 sowie Himmelsbach, 34 ff.

2) Vgl. dazu oben S. 198 ff.

3) BGHZ 51, 209, 210/1; Däubler GmbH 1968, 4; Baumbach-Hueck, § 47 GmbHG Anh. Bem. 1 A jeweils mit weiteren Nachweisen.

4) Mot. V, 114, 150; Prot. V, 92/3, 104, 113.

absoluter Natur <sup>1)</sup> ist, so daß sich jeder auf sie berufen kann. Aber sie ist zeitlich hinausgeschoben auf den Tag, an dem der Nacherbfall eintritt <sup>2)</sup>. Solange die Vorerbschaft besteht, ist die Verfügung des Vorerben erbrechtlich wirksam. Diese Wirksamkeit ist auch nicht etwa in der Schwebe <sup>3)</sup>, wie bei einem genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäft vor der Genehmigung; die Rechtslage ist vielmehr eher vergleichbar mit derjenigen bei einem anfechtbaren Rechtsgeschäft vor der Anfechtung <sup>4)</sup>.

Für die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung ergibt sich daraus, daß die von dem Gesellschaftervorerben abgegebene Einzelstimme oder Zustimmung jedenfalls während der Dauer der Vorerbschaft in ihrer Wirksamkeit nicht durch § 2113 Abs. 2 BGB berührt wird <sup>5)</sup>.

---

1) BGHZ 52, 269, 270; Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 1a, aa); Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 8.

2) BGHZ 52, 269, 270; Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 1a, aa).

3) A.A. offenbar Barella GmbHR 1959, 45, 47; Hachenburg-Schilling, Anhang III zu § 15 GmbHG Anm. 2.

4) BGHZ 52, 269, 271.

5) Denkbar ist selbstverständlich, daß die Ausübung der Mitverwaltungsrechte durch den Vorerben aufgrund anderer Vorschriften des BGB nichtig (§§ 105, 116 ff., 134, 138 BGB) oder anfechtbar (§§ 119 ff., 142, 143 BGB) ist.

Unterläßt der Vorerbe die Geltendmachung von Willensmängeln, so liegt darin nicht schon eine unentgeltliche Verfügung. Vgl. dazu oben S. 210, ferner für die Verjährung: Planck-Flad, § 2113 BGB Bem. 2; Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 19 a; Johannsen in BGB-RGRK, § 2113 Anm. 18.

Das gleiche gilt, wenn die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung an sonstigen Mängeln leidet (vgl. §§ 241 ff. AktG, BGHZ 11, 231) und der Vorerbe die Erhebung einer begründeten Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage versäumt.

Erst mit dem Eintritt des Nacherbfalles endigt ihre Wirkung <sup>1)</sup>, und zwar ex nunc (§§ 158 Abs. 2, 159 BGB e contrario) <sup>2)</sup>.

Hinsichtlich der Rechtsfolgen für die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung ist zwischen Stimmabgabe und Zustimmung zu unterscheiden.

- 
- 1) Auch diese zeitliche Beschränkung bewirkt nicht die Ungültigkeit der Stimmabgabe oder Zustimmung des Vorerben von Anfang an. Es ist zwar allgemein anerkannt, daß die Ausübung der Mitverwaltungsrechte anders als Willenserklärungen im allgemeinen nicht unter einer Bedingung oder einem Vorbehalt erfolgen kann. Das wird für die Stimmabgabe vor allem damit begründet, daß der Vorgang der Beschlußfassung endgültige Gewißheit über den Bestand der zugrundeliegenden Einzelstimmen fordert, weil nur so eine abschließende Feststellung des Beschlußergebnisses möglich ist. Vgl. Bartholomeyczik ZHR 105, 293, 332; Baltzer, 150/1; Würdinger, 66; Scholz, § 47 GmbHG RZ 6; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 11. - Die zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit unentgeltlicher Verfügungen des Vorerben auf die Dauer der Vorerbschaft ist jedoch keine Bedingung im Rechtssinne (§ 158 Abs. 2 BGB); denn sie beruht auf Gesetz, nicht auf Rechtsgeschäft, und das künftige Ereignis, das die Wirkung beenden soll (regelmäßig der Tod des Vorerben), ist nicht in seinem Eintritt, sondern nur in dessen Zeitpunkt ungewiß (BGHZ 52, 269, 272). Diese unechte Bedingung (Rechtsbedingung) dürfte aber mit der Ausübung der Mitverwaltungsrechte zu vereinbaren sein (vgl. auch Palandt-Heinrichs, Einf. vor § 158 BGB Bem. 6; a.A. BGH, aaO., "Erbbaupacht"). Das gilt auch für die Stimmabgabe des Vorerben zu einer Kapitalerhöhung; denn die Wirksamkeit des Kapitalerhöhungsbeschlusses kann unter Umständen jahrelang in der Schwebe bleiben, da auch auf den Kapitalerhöhungsbeschluß die Bestimmungen über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen Anwendung finden. Vgl. §§ 255 Abs. 1, 243 ff., 241, 242 AktG, 210 RefE GmbHG; RGZ 85, 311; 79, 115; Bartholomeyczik, AcP 144, 287, 315 FN 84.
- 2) Däubler, 39 FN 12; Palandt-Heinrichs, § 158 BGB Bem. 1, § 159 BGB Bem. 1; Staudinger-Coing, § 158 BGB RZ 9. A.A. offenbar im Sinne einer ex tunc-Wirkung: Barella GmbH 1959, 45, 47; Zimmermann, 73; Sudhoff, 362; Hachenburg-Schilling Anh. III zu § 15 GmbHG Anm. 2.

b) Stimmabgabe

Die gemäß § 2113 Abs. 2 BGB eintretende Ungültigkeit führt ähnlich wie bei der erfolgreichen Anfechtung (§§ 119 ff. BGB) dazu, daß die Stimme des Vorerben aus dem Kreis der abgegebenen Stimmen ausscheidet, d.h. sie ist nicht mehr als abgegeben im Sinne von § 47 Abs. 1 GmbHG anzusehen <sup>1)</sup>. Welche Auswirkungen auf den Beschluß der Gesellschafterversammlung dadurch eintreten, läßt sich nicht einheitlich beantworten.

aa) Ohne praktische Bedeutung ist die Unwirksamkeitsfolge des § 2113 Abs. 2 BGB jedenfalls dann, wenn der Beschluß gar nicht auf der Stimme des Gesellschaftervorerben beruht, d.h. auch ohne sie die erforderliche Mehrheit erreicht ist. Das ist vor allem dann der Fall, wenn wie häufig bei einem positiven Beschluß keine Gegenstimme <sup>2)</sup> abgegeben worden ist. Da das Gesetz von Ausnahmen abgesehen keine Kapitalmehrheit verlangt, auch bei Satzungsänderungen ausschließlich auf eine qualifizierte Mehrheit von drei Vierteln der abgegebenen Stim-

---

1) Vgl. für die Anfechtung: BGHZ 14, 264, 267; Hueck, Anfechtbarkeit, 120; Baltzer, 153/4; Scholz, § 45 GmbHG RZ 9; Hachenburg-Schilling, § 45 GmbHG Anm. 12.

2) Diesen läßt sich die unwirksame Stimme des Vorerben nicht zurechnen. Bartholomeyczik, AcP 144, 287, 325 ff.; Hueck, Anfechtbarkeit, 121 FN 62; Zöllner, 359.

men abstellt (§ 53 Abs. 2 GmbHG), ist der Beschluß sogar dann wirksam gefaßt, wenn ihm nach Wegfall der Stimme des Vorerben nur noch die Stimme eines einzigen Mitgesellschafters zugrundeliegt <sup>1)</sup>.

- bb) Ist die Stimme des Gesellschaftervorerben dagegen für die Gewinnung der Mehrheit erheblich, etwa wegen des Vorhandenseins von Gegenstimmen oder einer durch die Satzung vorgeschriebenen Kapitalmehrheit, so kehrt sich das Beschlußergebnis mit dem Eintritt des Nacherbfalles um. An die Stelle der Annahme des Beschlußantrages tritt nachträglich die Ablehnung <sup>2)</sup>, weil der Beschluß nicht mit der gesetzlich oder satzungsmäßig vorgeschriebenen (Kapital-) Mehrheit zustandegekommen ist. Diese Ver-

---

1) Die Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung wird in ihrer Wirksamkeit auch dann nicht berührt, wenn die Satzung Einstimmigkeit der abgegebenen Stimmen festlegt. - Anders ist das nur bei dem kraft Gesetzes oder Satzung bestehenden Zustimmungserfordernis, weil hier auch die bloße Enthaltung die notwendige Übereinstimmung aller hindert. Vgl. Zöllner, 360; Baltzer, 158/9.

2) Baltzer GmbHR 1972, 57, 62; derselbe, 163; Zöllner, 360/1; Hueck, 181/2.

Änderung führt indessen nicht ohne weiteres zur Unwirksamkeit der (positiven) Beschlußfassung<sup>1)</sup>. Bei den hier vor allem interessierenden satzungsändernden Beschlüssen kann der Nacherbe das Feh-

- 
- 1) Das entspricht zumindest bei der AG heute allgemeiner Meinung, wenn in einer ordnungsgemäß einberufenen Hauptversammlung eine Abstimmung stattgefunden hat und als deren Ergebnis ein bestimmter Beschluß von dem Vorsitzenden der Versammlung verkündet und von dem Protokollführer niedergelegt worden ist. In diesem Falle ist ein formell gültiger Beschluß gefaßt, der wegen Nichterreichens der erforderlichen Mehrheit nur im Wege der Anfechtungsklage beseitigt werden kann. RGZ 75, 239; 111, 227, 230; 122, 102, 106/7; 142, 123, 128. Bartholomeyczik ZHR 105, 293, 312; derselbe AcP 144, 287, 327; Hueck, Anfechtbarkeit, 85 ff.; Zöllner, 397 (FN 16); Baumbach-Hueck, § 243 AktG RZ 7; v. Godin-Wilhelmi, § 243 AktG Bem. 1; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 243 Anm. 8.

Umstritten ist die Rechtslage bei der GmbH. Wie bei der AG entscheiden: RG DR 1939, 720 (Groschuff); Bay. OLG GmbHR 1956, 61; Bartholomeyczik AcP 144, 287, 327; Zöllner, 298, 400 ff.; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 3 A, D. - Differenzierend dagegen, und zwar

- a) für die Anfechtbarkeit bei Nichterreichen der satzungsmäßig vorgeschriebenen Mehrheit: Ballerstedt GmbHR 1955, 160, 163; Scholz, § 45 GmbHG RZ 15; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 16 b,
- b) für die Nichtigkeit der Beschlußfassung bei Nichterreichen der gesetzlich vorgeschriebenen Mehrheit: Ballerstedt, aaO., 160, 163/4; Scholz, § 45 GmbHG RZ 13, 15 (jedenfalls bei fehlender Beschlußverkündung); Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 16 b, § 47 GmbHG Anm. 1, 14; Hachenburg-Schilling, § 53 GmbHG Anm. 36, § 54 GmbHG Anm. 10.

Vgl. im übrigen auch die Wiedergabe des Meinungsstandes bei Baltzer GmbHR 1972, 57, 58 FN 5 bis 9.

len der erforderlichen Mehrheit nur in analoger Anwendung der §§ 243 ff. AktG durch Erhebung einer Anfechtungsklage <sup>1)</sup> geltend machen, die binnen einer angemessenen Frist <sup>2)</sup> erhoben werden muß. Auf den Lauf dieser Frist ist die Dauer der

- 
- 1) So jedenfalls BGHZ 14, 25, 35/6; 51, 200, 211/2 mit der Begründung, daß die gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundete Feststellung des Beschlüßergebnisses um der Rechtssicherheit willen (wie bei der AG) nicht einfach beiseitegeschoben werden könne.

Bei formlos gültigen, "gewöhnlichen" Beschlüssen soll dagegen das Fehlen der erforderlichen Mehrheit die Entstehung eines Beschlusses überhaupt hindern, was jederzeit durch eine (unbefristete) Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO geltend gemacht werden könne. Zustimmend: Fischer LM Nr. 1 zu § 53 GmbHG; Fleck LM Nr. 13 zu § 47 GmbHG. A.A. Baumbach-Hueck, Anh. § -7 GmbHG Bem. 3 A "für die Beschlüßverkündung" unter Hinweis auf § 81 RefE GmbHG und die amtliche Begründung, S. 234. Vgl. ferner die Nachweise auf S. 232 FN 1.

- 2) Die starre 1-Monatsfrist, die § 246 Abs. 1 AktG für die Erhebung einer Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Hauptversammlung setzt, gilt bei der GmbH nach herrschender Lehre nicht. RGZ 170, 358, 380; 172, 76, 79; DR 1939, 720, 721; 1944, 775, 777; Däubler GmbHR 1968, 4, 8; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 4 D; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 31. - A.A. im Sinne der 1-Monatsfrist: Scholz GmbHR 1952, 161; Vogel GmbHR 1953, 5; Lehmann, 105 ff.; Scholz, § 45 GmbHG RZ 20. So jetzt auch § 200 RefE GmbHG, allerdings mit der Möglichkeit einer einverständlichen Fristverlängerung.

Es ist anerkannt, daß die Satzung die Erneuerung der Anfechtungsklage befristen und gegenüber der aktienrechtlichen Regelung sogar verkürzen kann. OLG München GmbHR 1959, 151; Scholz, § 45 GmbHG RZ 16; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 31.

Vorerbschaft ohne Einfluß <sup>1)</sup>. Der Nacherbe wird daher die Anfechtungsfrist nur in den seltenen Fällen <sup>2)</sup> einhalten können, in denen der Nacherbfall alsbald nach der Beschlußfassung der Gesellschafterversammlung eintritt <sup>3)</sup>. Wegen des bis

- 1) Für die Anfechtung der Einzelstimme gemäß §§ 149 ff. BGB; Bartholomeyerzik AcP 104, 187, 307; Hueck, Anfechtbarkeit, 100; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 145 Anm. 8; Hachenburg-Schmidt, § 47 GmbHG Anm. 10. - Die bürgerlich-rechtlichen Bestimmungen der §§ 149, 150 BGB verlängern mithin die Fristen für die Erhebung der Anfechtungsklage nicht. Ist die Klagefrist verstrichen, so bleibt der Beschluß der Gesellschafterversammlung trotz rechtzeitiger Anfechtung der Stimmabgabe wirksam.
- 2) Es ist immerhin denkbar, daß der Vorerbe auf Zeit noch kurz vor der Beendigung seines Rechts unentgeltliche Verfügungen trifft.
- 3) Die Erhebung der Anfechtungsklage setzt bei der GmbH nicht voraus, daß gegen den Beschluß der Gesellschafterversammlung Widerspruch eingelegt worden ist. § 149 Abs. 1 AktG ist insoweit nicht entsprechend anzuwenden (Däubler, GmbHR 1968, 9, 8; Lehmann, 100; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 4 B; Scholz, § 45 GmbHG Rz. 18; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 10, 20). Ebenso § 199 Abs. 1 RefE GmbHG mit der auch im Schrifttum allgemein vertretenen Einschränkung, daß der Gesellschafter dem Beschluß nicht zugestimmt hat. - Selbstverständlich braucht der Nacherbe die (gemäß § 199 Abs. 1 BGB gerade unwirksame) "Zustimmung" des Vorerben im Anfechtungsprozeß nicht gegen sich gelten zu lassen.

Voraussetzung für die Anfechtungsbefugnis ist allerdings auch bei der GmbH, daß der Anfechtungskläger zur Zeit der Beschlußfassung Gesellschafter ist oder zumindest als solcher gemäß § 16 GmbHG gilt (Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 4 B; Scholz, § 45 GmbHG Rz. 18; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 21). Das trifft auf den Nacherben zwar nicht zu. Mit dem Nacherbfall geht jedoch auch die Befugnis zur Anfechtung von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung als Bestandteil der Mitgliedschaft auf den Nacherben über (vgl. für die Veräußerung des Geschäftsanteils: BGH 25, 261, 262; Baumbach-Hueck, aaO.; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 21a). - Aus dem Rechtswechsel vom Vorerben auf den Nacherben ergeben sich daher keine Bedenken gegen die Zulässigkeit einer Anfechtungsklage.

zum Nacherbfall vergangenen Zeitraums kann er dagegen im Regelfalle Mängel der Stimmrechtsausübung, die auf den Verfügungsbeschränkungen des Vorerben beruhen, nicht mehr geltend machen <sup>1)</sup>. Praktisch führen die körperschaftlichen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit von Gesellschaftsbeschlüssen vor allem bei den wichtigen Tatbeständen der Satzungsänderung zu einer wesentlichen Einschränkung der erbrechtlichen Vorschriften <sup>2)</sup>.

---

1) Das gilt wegen der starren 1-Monatsfrist gemäß § 246 Abs. 1 AktG im besonderen Maße für die AG. Hier kommt für den Nacherben aber noch erschwerend hinzu, daß die Anfechtungsbefugnis gemäß § 245 Ziff. 1 AktG von der Erklärung des Widerspruchs abhängen soll. So für die Anfechtung der Einzelstimme: Hueck, Anfechtbarkeit, 121; Baumbach-Hueck, § 243 AktG RZ 12; Barz in Großkomm. zum AktG, § 119 Anm. 13; a.A. Bartholomeyczik AcP 144, 287, 327/8; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 243 Anm. 15.

2) Für den Nacherben ist dieses Ergebnis unter Umständen mit schwerwiegenden Nachteilen verbunden, vor allem bei Kapitalerhöhungen zu unangemessen niedrigen Einlagen. Die Vermögenseinbuße, die der Vorerbschaftsgesellschaftsanteil erleidet, kann im Einzelfall erheblich sein (vgl. oben S. 225 FN 2), ganz abgesehen von dem bleibenden Verlust einer qualifizierten Beteiligung an der GmbH.

Ob dem Nacherben gegen den Übernehmer der Stammeinlage Ansprüche gemäß § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB auf Abtretung des Geschäftsanteils oder zumindest auf Wertersatz (§ 816 Abs. 2 BGB) in Höhe der Differenz zwischen Ausgabe- und innerem Wert der alten Anteile zusteht, erscheint zweifelhaft. - Grundsätzlich ist zwar § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB anwendbar, wenn der Vorerbe eine unentgeltliche Verfügung trifft, die dem Nacherben gegenüber wirksam ist, z.B. gemäß § 2113 Abs. 3 BGB (Palandt-Keidel, § 2113 BGB Bem. 4; Soergel-Ehard-Eder, § 2113 BGB RZ 3; Johannes in BGB-RGRK, § 2113 Anm. 38; Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 36; Planck-Flad, § 2113 BGB Bem. 3). Die in § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB normierte

cc) Es ist allerdings auch bei satzungsändernden Be-

---

Unmittelbarkeit der Vermögensverschiebung dürfte auch gegeben sein, wenn in dem Kapitalerhöhungsbeschuß selbst der (unangemessen niedrige) Ausgabekurs sowie die zur Übernahme der Stammeinlagen zugelassenen Personen festgesetzt werden.

Der Begriff der Unentgeltlichkeit wird jedoch für § 2113 Abs. 2 BGB einerseits und § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB andererseits nicht einheitlich definiert (vgl. Kra-wielicki Gruch. 71, 113, 168 ff.; Zimmermann, 65 ff.). Während es bei objektiver Ungleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung für die Unentgeltlichkeit der Verfügung des Vorerben gemäß § 2113 Abs. 2 BGB nicht auf die Willensrichtung des Erwerbers oder dessen guten Glauben ankommt, hier vielmehr die Verletzung der Verwalterpflicht durch den Vorerben genügt, ist im Rahmen des § 816 Abs. 1 Satz 2 BGB für die Frage der Unentgeltlichkeit stets der Standpunkt des Erwerbers maßgebend (BGH LM Nr. 4 zu § 816 BGB, Palandt-Thomas, § 816 BGB Bem. 3 A; Staudinger-Seufert, § 816 BGB RZ 8). Subjektiv erfordert § 816 BGB Einigkeit über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung. Wer nur gegen ein ungleichwertiges Entgelt etwas erlangt, erlangt noch nicht unentgeltlich im Sinne von § 816 BGB (Zimmermann, 65).

Neue Stammeinlagen werden allerdings in der Regel nicht ohne eingehende Prüfung der wirtschaftlichen Lage der Gesellschaft übernommen. Erfolgt die Ausgabe zu unangemessen niedrigen Bedingungen, wird dies den Beteiligten bekannt sein, so daß von einer Einigung über die Unentgeltlichkeit (vor allem zwischen dem Vorerben und ihm nahestehenden Personen) auszugehen ist. Überwiegt der unentgeltliche Charakter wie in dem Ausgangsfall, wird dem Nacherben ein Anspruch auf Abtretung des Geschäftsanteils, andernfalls auf einen angemessenen Ausgleich zuzuerkennen sein. Vgl. für die gemischte Schenkung: BGHZ 30, 120; WM 1964, 616; Palandt-Thomas, § 816 BGB Bem. 3a; Soergel-Mühl, § 816 BGB RZ 16; Staudinger-Seybold, § 2113 BGB RZ 36.

Unberührt bleiben selbstverständlich Ersatzansprüche des Nacherben gegen den nicht befreiten Vorerben gemäß §§ 2140, 2141 BGB, gegen den befreiten Vorerben gemäß § 2138 Abs. 2 BGB (Johannsen LM Nr. 1 zu § 2138 BGB, Staudinger-Seybold, § 2138 BGB RZ 4). Ein Schaden, der den angemessenen Ausgleich gemäß § 816 BGB übersteigt, kann für den Nacherben vor allem in dem Verlust einer qualifizierten Beteiligung bestehen.

schlüssen möglich, daß der Ausfall der Stimme(n) des Vorerben nicht nur die Anfechtbarkeit, sondern die Nichtigkeit der Beschlußfassung insgesamt nach sich zieht. Nichtig ist ein Beschluß aufgrund von Mängeln der Einzelstimmen allgemein dann, wenn alle Stimmen nichtig sind <sup>1)</sup>. Das trifft einmal dann zu, wenn der Beschluß nur mit den Stimmen des Gesellschaftervorerben <sup>2)</sup> gefaßt worden ist, zum anderen dann, wenn die Stimmabgabe des Gesellschaftervorerben diejenige der Mitgesellschafter inhaltlich beeinflußt hat <sup>3)</sup>. Eine danach an sich begründete Nichtigkeitsklage <sup>4)</sup> unterliegt zwar nicht der kurzen Anfechtungsfrist.

---

1) Zöllner, 373

2) Sei es, daß die Mitgesellschafter sich der Stimme enthalten haben, sei es, daß der Vorerbe Alleingesellschafter ist.

3) Vgl. BGHZ 12, 327, 330 ff. "Aufsichtsratsbeschuß"; Bartholomeyczik AcP 144, 287, 325/6; Meilicke, Festschr. f. Schmidt, 71, 91/2; Zöllner, 361 FN 6; Baltzer, 154, 163/4; oben S. 200. Das ist denkbar, wenn der Gesellschaftervorerbe eine beherrschende Stellung in der GmbH innehat. - Benutzt er diese zu einer absichtlichen Benachteiligung des Nacherben (vgl. § 2138 Abs. 2, 2. Halbsatz BGB), kommt ferner Nichtigkeit des Beschlusses wegen Verstoßes gegen die guten Sitten (§ 241 Ziff. 4 AktG analog) in Frage. Vgl. dazu BGHZ 15, 382; Zöllner, 381; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 2 B; Scholz, § 45 GmbHG RZ 11; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 15 b.

4) Eine (unbefristete) Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO (vgl. dazu oben S. 233 FN 1) dürfte nicht in Frage kommen, da während der Dauer der Vorerbschaft ein zunächst wirksamer, gemäß § 53 Abs. 2 GmbHG beurkundeter Beschluß vorliegt.

Bei Beschlüssen, die in das Handelsregister eingetragen worden sind, tritt jedoch gemäß § 242 AktG spätestens nach drei Jahren Heilung ein. Diese Bestimmung gilt entsprechend für Beschlüsse bei der GmbH <sup>1)</sup>, die wie Satzungsänderungen der Eintragung in das Handelsregister bedürfen (§ 54 GmbHG). Auch die Nichtigkeit satzungsändernder Beschlüsse kann der Nacherbe daher nur geltend machen, wenn der Nacherbfall rechtzeitig, d.h. vor Ablauf der Frist für die Heilung (§ 242 AktG analog) ein-

---

1) Das entspricht heute allgemeiner Meinung. Streitig ist nur, ob auch die Drei-Jahres-Frist auf das GmbH-Recht zu übertragen ist oder ob eine Heilung erst nach Ablauf einer "angemessenen" (allerdings zu der aktienrechtlichen Regelung "in Beziehung gesetzten") Frist eintritt. In letzterem Sinne: BGHZ 11, 231, 239 ff.; 36, 207; Däubler GmbHR 1968, 4, 6; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 15 b. Für die Drei-Jahres-Frist: Lehmann, 97/8; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 2 C; Scholz, § 45 GmbHG RZ 15. So jetzt auch § 196 Abs. 3 RefE GmbHG.

tritt und der Nacherbe noch rechtzeitig eine Nichtigkeitsklage erhebt <sup>1)</sup>.

- 
- 1) Liegen diese Voraussetzungen vor, so kann der Nacherbe auch einen Kapitalerhöhungsbeschluß mit der Begründung angreifen, daß die Stimmabgabe des Gesellschafters vorerben gemäß § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam ist. Vgl. für die Anfechtung der Einzelstimme: Bartholomeyczik, AcP 144, 287, 315 ff.; Düringer-Lehmann, § 250 AktG Anm. 47; a.A. Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 10 (ohne Unterscheidung zwischen Stimmabgabe einerseits und Übernahme- oder Beitrittserklärung - vgl. dazu BGHZ 14, 264, 267 - andererseits). Die Stimmabgabe der Gesellschafter für den Kapitalerhöhungsbeschluß hat keine selbständige Garantiefunktion; diese läßt sich insbesondere nicht aus der Gemeinhaltung der Gesellschafter gemäß § 24 GmbHG begründen (Bartholomeyczik, aaO., 287, 316 FN 85).

Ist der Kapitalerhöhungsbeschluß danach mit dem Eintritt des Nacherbfalles nichtig, so ergreift diese Nichtigkeitsfolge auch die neuen Geschäftsanteile, da ohne einen rechtswirksamen Kapitalerhöhungsbeschluß keine neuen Mitgliedschaften begründet werden können. Vgl. RGZ 85, 311, 314; 92, 244, 246; Hueck, Anfechtbarkeit, 220; Würdinger, 167; Baumbach-Hueck, § 191 AktG RZ 4; v. Godin-Wilhelmi, § 188 AktG Anm. 7; Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, § 191 RZ 5; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 191 Anm. 5; Scholz, § 57 GmbHG RZ 18; a.A. Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 20, 21 (Die Grundsätze der Lehre über die faktische Gesellschaft sind entsprechend anzuwenden).

Die Gesellschaft hat den Übernehmern die geleisteten Bar- oder Sacheinlagen nach Bereicherungsrecht (§§ 812 ff. BGB) zurückzugewähren (vgl. dazu Lutter, Festschr. für Schilling, 207, 223 ff.). Die Übernehmer bleiben allerdings insoweit zur Leistung der Stammeinlage (analog § 77 Abs. 3 GmbHG) verpflichtet, als dies zur Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger erforderlich ist. RGZ 85, 312; 143, 399; Bartholomeyczik, aaO., 287, 315; Baumbach-Hueck, § 77 GmbHG Bem. 2 C; Scholz, § 77 GmbHG RZ 6; Hachenburg-Schmidt, § 77 GmbHG Anm. 6.

Ist der Kapitalerhöhungsbeschluß dagegen wegen Zeitablaufs (§ 242 AktG analog) auch gegenüber dem Nacherben wirksam, stehen dem Nacherben Ansprüche gemäß § 216 Abs. 1 Satz 2 BGB zu. Vgl. dazu oben S. 235 FN 2. Infrage kommt ferner unter Umständen eine Ausschließung der

c) Zustimmung

Enthält die nach Gesetz oder Satzung erforderliche Zustimmung des Vorerben eine unentgeltliche Verfügung gemäß § 2113 Abs. 2 BGB, so ist der Beschluß der Gesellschafterversammlung dem Nacherben gegenüber grundsätzlich unwirksam <sup>1)</sup>.

Zugunsten des Nacherben tritt mit dem Nacherbfall wieder der frühere Rechtszustand ein (§ 158 Abs. 2 BGB), d.h. die Mitgliedschaft steht ihm so zu, wie sie ohne die beeinträchtigende Verfügung des Vorerben bestanden hat. Die von dem Vorerben aufgegebenen allgemeinen Mitgliedschaftsrechte oder die mit dem Geschäftsanteil ver-

---

von dem Vorerben begünstigten Übernehmer aus wichtigem Grund. Vgl. auch Hachenburg-Schilling, § 55 GmbHG Anm. 21.

- 1) Auch auf die Zustimmung sind die allgemeinen Regeln des BGB über Rechtsgeschäfte anwendbar. Palandt-Heinrichs, Einf. Bem. 2 vor § 182 BGB.

Daß das Fehlen oder der Ausfall der Zustimmung nach den Bestimmungen des BGB zur Unwirksamkeit der Beschlußfassung führt, ist heute wohl allgemein anerkannt. Vgl. BGHZ 48, 141, 143; 15, 177, 181; RGZ 148, 175, 184 ff.; Hueck, Anfechtbarkeit, 73; Baumbach-Hueck, Üb. vor § 13 GmbHG Bem. 3 B sowie Anh. § 47 GmbHG Bem. 1 B; Scholz, § 45 GmbHG RZ 31; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 18; Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 241 AktG RZ 5; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 241 Anm. 3. Vgl. ferner oben S. 192.

bundenen Sonderrechte leben in dem ursprünglichen Umfange wieder auf. Der (teilweise) unentgeltlich eingezogene Vorerbschaftsgeschäftsanteil besteht weiter <sup>1)</sup>.

---

- 1) War die Amortisation des Geschäftsanteiles ohne Herabsetzung des Stammkapitals erfolgt, was für zulässig gehalten wird (Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 34 GmbHG RZ 6, 11; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 20), so stimmt das Stammkapital wieder mit den übernommenen Stammeinlagen und den Nennbeträgen der Geschäftsanteile überein.

Haben die Gesellschafter gemäß § 46 Ziff. 4 GmbHG anstelle des amortisierten Vorerbschaftsgeschäftsanteiles einen neuen Geschäftsanteil gebildet (für die Zulässigkeit: KG DR 1943, 1230; Gonella GmbHR 1962, 253; Heim DR 1944, 320; Sudhoff, 345/6; Hachenburg-Schmidt, § 34 GmbHG Anm. 30 mit weiteren Nachweisen; a.A. Baumbach-Hueck, § 34 GmbHG Bem. 3 B; Scholz, § 34 GmbHG RZ 16), so ist diese Zwischenverfügung dem Nacherben gegenüber gemäß § 161 Abs. 2 BGB unwirksam. Der Inhaber des neu gebildeten Geschäftsanteiles kann sich nicht auf einen gutgläubigen Erwerb berufen, da dieser bei Forderungen und anderen Rechten des § 413 BGB nicht möglich ist. Palandt-Heinrichs, § 161 BGB Bem. 2.

Im Streitfalle kann der Nacherbe die Unwirksamkeit der ihn beeinträchtigenden Beschlußfassung zum Gegenstand einer Feststellungsklage gemäß § 256 ZPO machen <sup>1)</sup>, für deren Erhebung das Gesetz keine zeitliche Beschränkung vorsieht <sup>2)</sup>.

- 
- 1) BGHZ 15, 177, 181; Baumbach-Hueck, Anh. § 47 GmbHG Bem. 1 B; Scholz, § 45 GmbHG RZ 31; Hachenburg-Schilling, § 14 GmbHG Anm. 19; Hachenburg-Schmidt, § 45 GmbHG Anm. 18; Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 241 AktG RZ 5; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 241 Anm. 3.
- 2) Im Aktienrecht ist allerdings streitig, ob auch bei unwirksamen Beschlüssen der Hauptversammlung, die der Eintragung in das Handelsregister bedürfen (wie z.B. Satzungsänderungen), analog § 242 Abs. 2 AktG nach drei Jahren Heilung eintritt mit der Folge, daß die Unwirksamkeit nicht mehr geltend gemacht werden kann. So: OLG Hamburg Die AG 1970, 230/1; Baumbach-Hueck, Übersicht vor § 241 AktG RZ 5, § 242 AktG RZ 8; Zöllner in Kölner Komm. zum AktG, § 179 RZ 63; Schilling in Großkomm. zum AktG, § 241 Anm. 3; § 242 Anm. 7; a.A. Würdinger, 138; v. Godin-Wilhelmi, § 242 AktG Anm. 1; Wiedemann in Großkomm. zum AktG, § 179 Anm. 14; Fischer in Großkomm. zum AktG 37, § 146 Anm. 16. - Wegen der Breitenwirkung, die den Beschlüssen der Hauptversammlung allgemein zukommt, mag für die AG eine entsprechende Anwendung von § 242 Abs. 2 AktG geboten sein. Bei der GmbH, die ihrer Struktur nach in aller Regel auf einen kleineren, leicht überschaubaren Kreis von Gesellschaftern beschränkt ist, erfordert der Gedanke der Rechtssicherheit nicht mit derselben Dringlichkeit eine zeitliche Beschränkung der Feststellungsklage (vgl. auch für die Nichtigkeitsklage BGHZ 11, 231, 243). Es würden sich zudem unterschiedliche Ergebnisse einstellen, die sich kaum rechtfertigen lassen. Der Nacherbe könnte bei einer entsprechenden Anwendung von § 242 Abs. 2 AktG die (unentgeltliche) Aufgabe von einzelnen Mitgliedschaftsrechten des Geschäftsanteils wegen Fristablaufs nicht mehr geltend machen, weil der zugrundeliegende Beschluß als Satzungsänderung der Eintragung in das Handelsregister bedarf. Dagegen wäre es ihm möglich, den nicht eintragungsbedürftigen Beschluß über die (unentgeltliche) Einziehung des Geschäftsanteils als ganzen (§ 34 GmbHG) unbefristet anzugreifen. Eine entsprechende Anwendung von § 242 Abs. 2 AktG auf zustimmungsbedürftige, unwirksame Beschlüsse der GmbH dürfte daher abzulehnen sein.

Da die Dauer der Vorerbschaft bis zu 30 Jahren und mehr betragen kann (vgl. § 2109 BGB), die Unwirksamkeit der Verfügung des Vorerben aber erst mit dem Nacherbfall eintritt, kann die Wiederherstellung des früheren Zustandes wegen des inzwischen eingetretenen Zeitablaufs im Einzelfall auf erhebliche Schwierigkeiten stoßen. Das gilt vor allem für die Umwandlung der GmbH, falls der Vorerbe in diesem Zusammenhang entschädigungslos Mitgliedschaftsrechte aufgegeben hat <sup>1)</sup>. Hier kann es unter Umständen geboten sein, die Nichtigkeitsfolgen des § 2113 Abs. 2 BGB einzuschränken, denn die Unwirksamkeit der Verfügung beruht allein darauf, daß der Vorerbe Rechte aus dem Nachlaß aufgegeben hat, ohne daß dem Nachlaß ein (vollwertiges) Entgelt als Ausgleich zugeflossen ist. Die Verfügung wäre auch dem Nacherben gegenüber gemäß § 2112 BGB wirksam gewesen, wenn sich der Vorerbe eine angemessene Entschädigung hätte gewähren lassen. Eine gegenständliche Beschränkung der Verfügungsmacht des Vorerben über die Mitgliedschaft in der GmbH sieht das Gesetz nicht vor <sup>2)</sup>. - Läßt sich der frü-

---

1) Vgl. dazu oben S. 211. Grundsätzlich kann der Nacherbe auch bei der Umwandlung der GmbH den Ausfall der Zustimmung, die der Vorerbe z. B. gemäß § 376 Abs. 2 AktG erteilt hat, geltend machen. Die Umwandlung der GmbH in eine AG ist in diesem Falle unwirksam, die Löschung des Umwandlungsbeschlusses kann verlangt werden. Vgl. Baumbach-Hueck, § 376 HGB RZ 6; v. Godin-Wilhelmi, § 376 AktG Anm. 13; Meyer-Landrut in Großkomm. zum AktG 37, § 269 Anm. 4a, 8; Böttcher-Meilicke, § 269 AktG 37 Anm. 40 (keine Heilung des Umwandlungsbeschlusses gemäß § 196 Abs. 2 AktG 37 = 242 Abs. 2 AktG).

2) Vgl. dazu oben S. 184, 218.

here Zustand wegen der Dauer der Vorerbschaft und der zwischenzeitlichen Gestaltung der rechtlichen und tatsächlichen Verhältnisse nicht mehr oder nur unter großen Schwierigkeiten wiederherstellen, so dürfte in diesem Falle den gesetzlich geschützten Interessen des Nacherben durch einen Anspruch gegen die Gesellschaft auf billigen und angemessenen Ausgleich für den Rechtsverlust ausreichend Rechnung getragen sein <sup>1)</sup>.

#### Ergebnis:

Die Ausübung der Mitverwaltungsrechte an dem Geschäftsanteil kann eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben enthalten, die dem Nacherben gegenüber mit dem Eintritt des Nacherbfalles gemäß § 2113 Abs. 2 BGB unwirksam ist. Die körperschaftsrechtlichen Bestimmungen über die Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Beschlüssen der Gesellschafterversammlung (§§ 241 ff. AktG analog) schränken jedoch unter Umständen die Geltendmachung der Unwirksamkeit aufgrund von Verfügungsbeschränkungen des Vorerben ein.

---

1) Vgl. auch für die OHG: OLG Hamm DNotZ 1963, 559, 562.

## Lebenslauf

Als zweiter Sohn des Chemikers Dr. Albert Feller und seiner Ehefrau Margarete, geb. Kittelberger, wurde ich am 27. Juli 1936 in Duisburg geboren. Von 1942 bis 1947 besuchte ich die Volksschule in Bodenrod i. T. und Oberhausen-Holten, anschließend in Oberhausen-Sterkrade das Neusprachliche Gymnasium und in Duisburg das Steinbart-Gymnasium, an dem ich am 29. Februar 1956 die Reifeprüfung ablegte.

Ich studierte von 1956 bis 1960 Rechts- und Staatswissenschaften an den Universitäten München und Marburg (Lahn). Am 24. Juli 1961 bestand ich vor dem Juristischen Prüfungsamt beim Oberlandesgericht Frankfurt (Main) die Erste Rechtswissenschaftliche Staatsprüfung. Anschließend trat ich in den Vorbereitungsdienst des Landes Hessen ein. Am 20. September 1965 legte ich vor dem Juristischen Landesprüfungsamt Hessen die Große Staatsprüfung ab.

Ich bin Rechtsanwalt in Mannheim. Die mündliche Doktorprüfung bestand ich am 6. Februar 1974.









